

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: CARACTERIZAÇÃO DOS TIPOS LEGAIS
E ASPECTOS NUCLEARES DE SEU REGIME JURÍDICO**

Curitiba
2008

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: CARACTERIZAÇÃO DOS TIPOS LEGAIS
E ASPECTOS NUCLEARES DE SEU REGIME JURÍDICO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito do Estado, sub-área: Direito Econômico.

Orientadora: Professora Doutora Angela Cassia Costaldello.

Co-Orientador: Professor Doutor Carlos Ari Sundfeld.

Curitiba,
2008

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES

**PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: CARACTERIZAÇÃO DOS TIPOS LEGAIS
E ASPECTOS NUCLEARES DE SEU REGIME JURÍDICO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito do Estado, sub-área: Direito Econômico.

De Acordo:

Professora Doutora Angela Cassia Costaldello

Curitiba, 06 de junho de 2008

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES

PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: CARACTERIZAÇÃO DOS TIPOS LEGAIS E ASPECTOS NUCLEARES DE SEU REGIME JURÍDICO

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof.^a Orientador:

Prof. (Co-Orientador):

Prof.

Prof.

Prof.

Curitiba

2008

SUMÁRIO

RESUMO.....	xvi
INTRODUÇÃO.....	1
1. APRESENTAÇÃO DO TEMA	1
2. CONTEXTUALIZANDO AS PPPS.....	2
3. AS TESES PROPOSTAS E SUA FISIOLÓGIA	5
4. A ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO: O PLANO	6
PARTE I: A ERA DAS PARCERIAS: POR UMA NOVA EXEGESE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	
1. INTRODUÇÃO.....	10
2. O DIAGNOSTICO: O FORJAMENTO DA TEORIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	13
3. A EMERGÊNCIA DE NOVOS PARADIGMAS E A URGÊNCIA DE UMA NOVA DOGMÁTICA	18
4. O ESTADO E A ECONOMIA: A COMPREENSÃO DE UMA RACIONALIDADE ECONÔMICA DO ESTADO	25
5. A ECONOMIA E O DIREITO: POR UMA HERMENÊUTICA FUNCIONALISTA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	27
5.1 O CONTRATO E OS MERCADOS	29
5.2 O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO: AS PPPS COMO CONTRATOS DESENVOLVIMENTISTAS DE SEGUNDA GERAÇÃO.....	32
PARTE II : A CARACTERIZAÇÃO DOS TIPOS CONCESSÓRIOS	
CAPÍTULO I – AS PPPS E O MODELO CONCESSÓRIO	
1. INTRODUÇÃO	37
2. BREVE NOTA SOBRE TAXONOMIA: A BUSCA PELA NATUREZA JURÍDICA DOS INSTITUTOS.....	38
3. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA COMO ESPÉCIE DO GÊNERO “CONTRATO ADMINISTRATIVO”	40
3.1 CONTRATO ADMINISTRATIVO X CONTRATO JURÍDICO-PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO.....	41
3.1.1 A Teorização Francesa do Contrato Administrativo.....	42

3.1.2	A Penetração da Teoria do Contrato Administrativo no Direito Brasileiro.....	48
3.1.3	A tese pela unificação dos contratos da Administração Pública.....	50
3.1.3.1	O Cabimento restritivo do exercício de poderes especiais nos contratos administrativos.....	53
3.1.3.2	Restrição constitucional quanto ao exercício de poderes exorbitantes por entes administrativos submetidos ao art. 173 da Constituição.....	54
3.1.4	Síntese Conclusiva Acerca da Natureza das PPPs Como Contrato Administrativo	55
4.	A PPP COMO ESPÉCIE DO GÊNERO PARCERIA	56
5.	A PPP COMO ESPÉCIE DO GÊNERO “PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA”	58
6.	A PPP COMO ESPÉCIE DO GÊNERO CONCESSÃO.....	59
6.1	CARACTERÍSTICAS DA TÉCNICA CONCESSÓRIA	65
6.1.1	Uma Brevíssima Incursão Pelo Direito Comparado.....	72
6.1.1.1	O Direito português.....	72
6.1.1.2	O Direito francês.....	75
6.1.1.3	O Direito espanhol.....	81
6.1.1.4	O Direito europeu comunitário.....	85
6.1.2	A Constitucionalidade dos Modelos Concessórios Trazidos com a Lei das PPPs.....	88
6.1.2.1	A Concessão administrativa é uma concessão.....	94
	CAPÍTULO II – A CONCESSÃO (COMUM) DE SERVIÇOS PÚBLICOS	99
1.	INTRODUÇÃO.....	100
2.	A CONCESSÃO COMUM DE SERVIÇOS PÚBLICOS (CARACTERIZAÇÃO).....	100
3.	OBJETO DA CONCESSÃO COMUM DE SERVIÇO PÚBLICO: A DELEGAÇÃO DA GESTÃO DE UM SERVIÇO PÚBLICO.....	101
3.1	O OBJETO DA DELEGAÇÃO: A GESTÃO DE UM SERVIÇO PÚBLICO	103
3.2	O SERVIÇO PÚBLICO COMO OBJETO DA GESTÃO DELEGADA.....	106
3.2.1.	A Definição Jurídica de “Serviço Público” no Direito Brasileiro.....	107
3.2.1.1.	Os três ângulos da caracterização do serviço público.....	108

3.1.1.1.1 O ângulo formal do serviço público: a aplicação de um regime de Direito Público.....	108
3.1.1.1.2 O Ângulo subjetivo: atividade desempenhada pelo Estado.....	113
3.2.1.1.3 O Ângulo material: caracterização da atividade de serviço público.....	117
3.2.1.1.3.1 O Serviço público como atividade administrativa de prestação.....	118
3.2.1.1.3.2 Serviço público x função pública.....	119
3.2.1.1.3.3 O Serviço público x atividade econômica.....	122
3.2.1.1.3.3.1 A Insuficiência da tese essencialista.....	123
3.2.1.1.3.3.2 A Proximidade entre os essencialistas e os convencionalistas legalistas.....	125
3.2.1.1.3.3.3 Ainda a singularização do serviço público relativamente a outras atividades econômicas.....	127
3.2.1.1.3.3.4 A Insuficiência da tese da afetação do serviço público a valores fundamentais como traço que o autonomiza de outras atividades econômicas.....	128
3.2.1.1.3.3.5 A Discricionariedade legislativa na criação do serviço público.....	130
3.2.2 Os Serviços <i>uti singuli</i> e <i>uti universi</i> e a Aplicação do Modelo Concessório.....	134
3.2.2.1 A Relatividade da distinção serviços <i>uti singuli</i> e serviços <i>uti universi</i>	135
3.2.2.2 A Superação do caráter compulsório do serviço como óbice à aplicação da concessão.....	138
3.3 Ainda o Objeto da Concessão Comum: os Arranjos Possíveis	148
3.3.1 A concessão pura de serviço público.....	149
3.3.2 A concessão de serviços público precedida da execução de obra pública.....	150
3.3.3 A concessão de obra pública.....	151
3.3.3.1 A acumulação (no objeto da concessão) de obras sem vocação à exploração econômica.....	154
3.3.3.2 A acumulação no objeto do contrato de mais de uma concessão de obra ou de serviço público.....	157
4. A CONFIGURAÇÃO SUBJETIVA DA CONCESSÃO COMUM.....	159
4.1 A AFIRMAÇÃO DA BILATERALIDADE DA CONCESSÃO E A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS USUÁRIOS.....	159

5. O SISTEMA REMUNERATÓRIO.....	165
5.1 A TARIFAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO: SERVIÇOS PRESTADOS EM REGIME DE MONOPÓLIO E SERVIÇOS PRESTADOS EM REGIME DE CONCORRÊNCIA.....	165
5.2 A NATUREZA DA TARIFA.....	169
5.3 ALGUNS CONCEITOS OPERACIONAIS: TARIFA TÉCNICA, TARIFA MÓDICA E TARIFA RAZOÁVEL.....	171
5.4 A TARIFA SOB UM ÂNGULO FUNCIONAL.....	175
5.5 A FIXAÇÃO DO MONTANTE DA TARIFA – AS FÓRMULAS USUALMENTE ACOLHIDAS.....	175
5.5.1 O Método de Fixação pelo Custo do Serviço: <i>rate of return</i> ou <i>cost plus</i> ..	176
5.5.2 O Método de Tarifa Máxima ou <i>price cap</i>	178
5.5.3 A Técnica Regulatória do <i>yardstick competition</i>	181
5.6 AINDA A FIXAÇÃO DA TARIFA – OS DIVERSOS ASPECTOS A CONSIDERAR.....	182
5.6.1 A Instituição Legislativa de Políticas Tarifárias.....	183
5.6.2 As Tarifas Diferenciadas.....	184
5.6.3 O Recurso à Extrafiscalidade na Tarificação: a Tarifa Social.....	185
5.6.4 A Tarifa Extrafiscal em sua Vertente Predominantemente Regulatória....	189
5.7 A HIPÓTESE DE RECEITAS ALTERNATIVAS A COMPLEMENTAR A REMUNERAÇÃO DO CONCESSIONÁRIO.....	191
5.7.1 As Receitas Alternativas na Lei n. 8987/95.....	193
5.7.1.1 Receitas oriundas de empreendimentos com vínculo material com a execução da concessão em si.....	193
5.7.1.2 Receitas sem vinculação direta com a concessão.....	195
5.7.2 A Implementação de Receitas Alternativas: Dever Jurídico do Poder Concedente?	197
5.7.3 A Implementação de Receitas Adicionais Durante a Execução do Contrato de Concessão.....	198
5.7.4 A Implementação de Receitas Adicionais Durante a Execução do Contrato de Concessão – Restrição da Hipótese à via Consensual.....	200

5.7.5	Ainda Acerca da Integração de Receitas Alternativas nos Contratos de Concessão – Acolhimento de Fórmulas que Promovam a Repartição dos Ganhos Excedentes.....	201
5.7.6	A Integração de Fontes Alternativas de Custeio Como Via à Recomposição da Equação Econômico-Financeira da Concessão.....	204
5.7.7	Um Paralelo Com o Regramento Espanhol Sobre o Tema.....	206
5.7.8	A Hipótese da Remuneração do Concessionário Ser Integralizada Exclusivamente por Receitas Alternativas.....	208
5.8	A PARTICIPAÇÃO DO PODER PÚBLICO NO CUSTEIO DA CONCESSÃO.....	209
5.8.1	A Orientação Legislativa Superveniente.....	212
5.8.2	A Hipótese da Promoção Excepcional de Contraprestação Pecuniária Provida pela Administração no Âmbito da Concessão Comum.....	214
5.8.3	A Conversão de Uma Concessão Comum em Concessão Patrocinada...	220
5.8.4	A Possibilidade da Integração na Concessão Comum de Contraprestações Não-Pecuniárias Providas pela Administração.....	221
5.8.5	É Possível a Adição de Contraprestação Pecuniária a Ajustes que Não se Amoldem às Exigências de Prazo e Valor Mínimo Previstos Para a Configuração de uma PPP?	223
	CAPÍTULO III: A CONCESSÃO PATROCINADA.....	225
1.	INTRODUÇÃO.....	226
2.	A CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO COMO ATRIBUTO DO TIPO LEGAL DA CONCESSÃO PATROCINADA.....	227
2.1.	A NATUREZA JURÍDICA DA CONTRAPRESTAÇÃO (PECUNIÁRIA) DA ADMINISTRAÇÃO.....	229
3.	A FINALIDADE DO INSTITUTO DA CONCESSÃO PATROCINADA....	236
3.1	A CONCESSÃO PATROCINADA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	242
3.1.1	Uma Questão Pressuposta: a Distribuição do Ônus do Custeio do Serviço Público.....	243
3.1.2	A Concessão Patrocinada como Instrumento de Financiamento da Socialização do Serviço Público.....	246

3.1.2.1	O Subsídio internalizado na concessão.....	247
3.1.2.2	Fontes externas (à concessão) de financiamento do serviço.....	254
4.	O OBJETO DA CONCESSÃO PATROCINADA.....	257
5.	CONFIGURAÇÃO SUBJETIVA DA CONCESSÃO PATROCINADA.....	257
5.1	O PARCEIRO PÚBLICO – QUEM PODE CELEBRAR UMA PPP.....	259
5.1.1	PPP e Administração Indireta.....	260
5.1.1.1	Parceiro público como autarquia.....	265
5.1.1.2	Parceiro público e empresas estatais.....	267
5.1.1.3	A Fundação como sujeito de PPP.....	273
5.1.1.4	As demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios como sujeitos de PPP.....	276
5.1.1.5	Os Fundos especiais como sujeitos de PPP.....	277
5.1.2	Os Consórcios públicos como sujeitos de PPP.....	278
5.1.3	O Parceiro Privado da PPP: Empresas Estatais Poderão Figurar Como Parceiro Privado em Ajustes de PPPs?.....	279
6.	O SISTEMA REMUNERATÓRIO DA CONCESSÃO PATROCINADA...	282
6.1	AS FORMAS DE CONTRAPRESTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO.....	284
6.1.1	As Formas de Remuneração Como Matéria Reservada à Competência da União para Legislar sobre Normas Gerais.....	284
6.1.2	O Elenco Legal das Formas de Contraprestação.....	286
6.1.2.1	A Ordem bancária.....	286
6.1.2.2	A Cessão de créditos não tributários.....	287
6.1.2.3	Outorga de direitos em face da Administração Pública.....	289
6.1.2.4	Outorga de direitos sobre bens públicos dominicais.....	290
6.2	AS MODALIDADES DE CONTRAPRESTAÇÃO COMO CLÁUSULA ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO.....	292
6.3	AS CONFIGURAÇÕES FINANCEIRAS DA CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO.....	293
6.3.1	A Remuneração Atrelada ao Desempenho do Concessionário.....	295
6.3.2	A Contraprestação da Administração Será Obrigatoriamente Precedida da Disponibilização do Serviço.....	299
6.3.2.1	O que deve ser entendido como contraprestação para a interpretação	

do art. 7º da lei n. 11079/2004?	301
CAPÍTULO IV - A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.....	304
1. CARACTERIZAÇÃO.....	305
1.1 A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA: UM TIPO CONCESSÓRIO.....	306
2. O OBJETO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.....	308
2.1 CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS(PRESTADOS DIRETAMENTE À ADMINISTRAÇÃO).....	310
2.1.1 Diferenciação entre a Concessão Administrativa de Serviços Administrativos e o Contrato de Prestação de Serviços Regido pela Lei n. 8666/93.....	311
2.2 CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA A DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ECONÔMICOS (TOMADOS INDIRETAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO).....	314
2.2.1 Concessão Administrativa para Delegação da Gestão de Serviços Sociais e Serviços Públicos Não-Econômicos (Tomados Indiretamente pela Administração).....	316
2.2.1.1 A delegabilidade da gestão de serviços sociais: em especial, a delegação de serviços de saúde e educação.....	318
2.2.1.2 A possibilidade da transferência de atividades-fim da Administração....	322
2.2.1.3 Ainda a concessão administrativa aplicada aos serviços sociais: as vantagens do modelo concessório no controle social da prestação dos serviços sociais.....	333
2.3 A COMPLEXIDADE DO OBJETO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA – A VEDAÇÃO CONTIDA NO INCISO III DO § 4.º DO ART. 2.º DA LEI 11079/2004.....	335
2.3.1 A Concessão Administrativa de Prestação de Serviços.....	337
2.3.2 Prestação de Serviços Precedida da Construção de Obra Pública.....	340
2.3.3 Prestação de Serviços Precedida do Fornecimento (e Instalação) de Bens.....	341
3. A CONFIGURAÇÃO SUBJETIVA DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA	341
3.1 QUEM PODE CELEBRAR UMA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.....	342
4. SISTEMA REMUNERATÓRIO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.....	343
4.1 O RISCO COMO ELEMENTO DO SISTEMA REMUNERATÓRIO DA	

CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.....	344
PARTE III: O REGIME JURÍDICO DA PPP	
CAPÍTULO I – AS DIRETRIZES APLICÁVEIS.....	349
1. O REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO –	
ENQUADRAMENTO DO TEMA.....	350
2. AS DIRETRIZES APLICÁVEIS ÀS PPPS.....	351
2.1. PRINCÍPIOS E DIRETRIZES.....	352
2.2. EFICIÊNCIA NO CUMPRIMENTO DAS MISSÕES DO ESTADO E NO	
EMPREGO DOS RECURSOS DA SOCIEDADE	358
2.2.1 O Conteúdo Jurídico da Eficiência.....	365
2.1.2 O Valor Segurança Jurídica e os Custos de Transação.....	367
2.1.3 Eficiência, Economicidade e Administração de Resultados.....	376
2.3 RESPEITO AOS INTERESSES E DIREITOS DOS DESTINATÁRIOS	
DOS SERVIÇOS E DOS ENTES PRIVADOS INCUMBIDOS DA SUA	
EXECUÇÃO.....	380
2.4 INDELEGABILIDADE DAS FUNÇÕES DE REGULAÇÃO E	
JURISDICIONAL, DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E DE	
OUTRAS ATIVIDADES EXCLUSIVAS DO ESTADO.....	383
2.4.1 O Cabimento da Gestão Privada de Serviços de Suporte ao	
Desempenho de Competências Estatais em Programas de Parcerias	
Público-Privadas Aplicados a Estabelecimentos Prisionais.....	390
2.5 RESPONSABILIDADE FISCAL NA CELEBRAÇÃO E	
EXECUÇÃO DAS PARCERIAS.....	399
2.5.1 A PPP Como Via Histórica a Contornar Limitações Fiscais (a	
Experiência Européia)	401
2.5.2 As Ferramentas de Controle Fiscal das PPPs no Direito Brasileiro.....	404
2.5.3 O tratamento normativo pela Portaria STN n. 614/2006: os critérios que	
permitem determinar quando uma PPP impactará o endividamento.....	407
2.5.3.1 A Regulação do tema pela via infra-legal – a validade dos	
critérios acolhidos pela norma.....	410
2.5.4 O Conteúdo Meramente Declaratório da Regra do art. 25 – Matéria	
Reservada à Lei Complementar.....	413
2.5.5 Os Compromissos Financeiros do Parceiro Público Não se	

Constituem em Operações de Crédito.....	415
2.5.6 Os Compromissos Financeiros Como Despesas Continuadas.....	417
2.5.7 A Classificação da Despesa Pública Gerada em uma PPP Como Despesa Corrente ou Despesa de Capital e sua Impertinência para o Controle sobre o Estoque da Dívida.....	419
2.5.8 A Prescrição do Artigo 22 da Lei n. 11079/2004.....	423
2.5.9 A Constitucionalidade do art. 22 – Matéria Não Reservada ao Legislador Complementar.....	424
2.5.10 Prescrição do Artigo 28 Lei n. 11079/2004: Inconstitucionalidade por Invasão à Competência do Legislador Complementar.....	425
2.5.11 Necessidade de Autorização Legislativa Específica para as Concessões Patrocinadas em que Mais de 70% da Remuneração do Parceiro Privado for Paga pela Administração Pública.....	427
2.5.12 A Exigência do § 3º do art. 10º da Lei n. 11079/2004 é Extensível às Concessões Administrativas?	429
2.6 A DIRETRIZ DE TRANSPARÊNCIA DOS PROCEDIMENTOS E DAS DECISÕES	435
2.7 A DIRETRIZ DA REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS ENTRE AS PARTES.....	438
2.7.1 A Distribuição dos Riscos Imprevisíveis e o Princípio Constitucional da Manutenção da Equação Econômico-Financeira do Contrato.....	441
2.7.1.1 O Princípio constitucional da manutenção da equação econômico- financeira nas concessões comuns – inaplicabilidade do art. 65 da Lei n. 8666/93; possibilidade de distribuição de riscos extraordinários	445
2.7.1.2 A intangibilidade da equação econômico-financeira nas PPPs – a possibilidade quanto à repartição objetiva de riscos.....	450
2.8 A DIRETRIZ DA SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA E VANTAGENS SOCIOECONÔMICAS DOS PROJETOS DE PARCERIA.....	452
CAPÍTULO II - LIMITES NEGATIVOS À CONFIGURAÇÃO DAS PPPS	456
1. INTRODUÇÃO.....	457
2. HIPÓTESE DO INCISO I DO § 4.º DO ART. 2.º DA LEI GERAL DE	

PPP: QUANDO O VALOR DO CONTRATO FOR INFERIOR A R\$ 20 MILHÕES.....	457
2.1 O CONTEÚDO JURÍDICO DAS NORMAS GERAIS.....	458
2.2 O INCISO I DO § 4º. DO ART. 2º CONFIGURA NORMA GERAL?.....	464
2.3 SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS QUE CONDUZEM AO RECONHECIMENTO REGRA DO INCISO I DO § 4º. DO ART. 2º.....	476
2.4 O QUE SE DEVE ENTENDER POR “VALOR DO CONTRATO” NA DICÇÃO DA REGRA DO INCISO I DO § 4º. DO ART. 2º?.....	477
3. HIPÓTESE DO INCISO II DO § 4º. DO ART. 2º. DA LEI GERAL DE PPP: QUANDO O PERÍODO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO FOR INFERIOR A 5 ANOS.....	480
3.1 A DELIMITAÇÃO DO PRAZO DA PPP.....	481
CAPÍTULO III – O REGIME DAS GARANTIAS NAS PPPS.....	484
1. INTRODUÇÃO.....	485
2. AS GARANTIAS AO PARCEIRO PÚBLICO.....	485
3. AS GARANTIAS (AO PARCEIRO PRIVADO) DAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS CONTRAÍDAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	489
3.1 A VIABILIDADE QUANTO AO OFERECIMENTO DE GARANTIAS PELO PARCEIRO PÚBLICO AO CUMPRIMENTO DE CONTRAPRESTAÇÕES NÃO-PECUNIÁRIAS.....	491
3.2 GARANTIAS PRESTÁVEIS PELO PARCEIRO PÚBLICO COMO CLÁUSULA FACULTATIVA DO CONTRATO DE PPP.....	492
3.3 EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE GARANTIAS..	493
3.3.1 Pressupostos Hermenêuticos ao Exame da Constitucionalidade.....	494
3.3.2 A Constitucionalidade do art. 8º da Lei n. 11079/2004 – Especialmente de seus Incisos I, II e V.....	500
3.4 AS MODALIDADES DE GARANTIAS PRESTÁVEIS AO PARCEIRO PRIVADO.....	505
3.4.1 A Vinculação de Receitas.....	508
3.4.2 Instituição ou Utilização de Fundos Especiais Previstos em Lei.....	513
3.4.3 Contratação de Seguro-Garantia com as Companhias Seguradoras que Não Sejam Controladas pelo Poder Público.....	514
3.4.4 Garantia Prestada por Organismos Internacionais ou Instituições	

Financeiras Que Não Sejam Controladas pelo Poder Público.....	516
3.4.5 Garantias Prestadas por Fundo Garantidor ou Empresa Estatal Criada para essa Finalidade.....	517
3.4.5.1 O Fundo garantidor: natureza jurídica.....	519
3.4.5.2 A Natureza da atividade desempenhada pelo fundo garantidor.....	522
3.4.5.2.1 O Fundo garantidor como prestador de atividades de apoio à Administração.....	522
3.4.5.2.2 Fundo garantidor como prestador de atividade econômica em sentido estrito.....	524
3.4.5.3 A Constituição do patrimônio do fundo garantidor.....	529
3.4.5.4 O Regime dos bens do fundo garantidor.....	530
3.4.5.5 A Constitucionalidade do fundo garantidor de PPPs.....	535
3.4.5.5.1 A primeira oposição: suposta exigência de lei complementar para a instituição de fundo garantidor.....	536
3.4.5.5.2 A segunda oposição: suposta ofensa ao art. 100 da Constituição.....	539
3.4.5. 6 Análise da hipótese à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal: especificamente o problema da concessão de garantias.....	552
TESES E CONCLUSÕES.....	556
REFERÊNCIAS.....	577

RESUMO

O objeto deste trabalho é oferecer duas abordagens centrais a propósito do novíssimo tema da parceria público-privada: (i) *a afirmação do conteúdo jurídico do tipo legal da parceria público-privada no Direito brasileiro* (introduzida no ordenamento nacional pela Lei n.º 11079/2004); e a (ii) *a construção de um suporte teórico dogmático-hermenêutico* a três aspectos nucleares do regime jurídico das parcerias público-privadas: (a) *as diretrizes aplicáveis*; (b) *as hipóteses de vedação do uso do tipo legal da PPP*; e (c) *o sistema especial de garantias*. Esses enfrentamentos têm por pressuposto os novos âmbitos de referência à leitura hermenêutica do instituto do contrato administrativo, propondo-se, neste domínio, o acolhimento de uma hermenêutica *funcionalista*, que o compreenda como um instrumento vocacionado a produzir resultados econômicos eficientes ao interesse coletivo. O primeiro enfoque propõe uma análise acerca da configuração jurídica do modelo concessório, seguindo a caracterização mais específica dos tipos concessórios da *concessão comum* de serviço público, da *concessão patrocinada* e da *concessão administrativa* (estas, espécies de parceria público-privada), examinados estruturalmente quanto ao *objeto*, *sujeitos* e *sistema remuneratório*. Neste objetivo serão fornecidos os índices centrais de seus tipos, necessários a compor a hipótese de incidência (antecedente) de seu regime jurídico (conseqüente). Explorar-se-á, a par disso, a alteração do conteúdo jurídico do modelo concessório em face do advento da Lei n.º 11079/2004, que não só lhe introduziu duas novas espécies concessórias, como produziu modificação substancial no tratamento jurídico da concessão comum, subtraindo de seu tipo legal os arranjos (tipos fáticos) que pressuponham a participação pecuniária do Poder Público como fonte do custeio da concessão – hipótese absorvida pela hipótese da concessão patrocinada. O segundo enfoque pretende construir um suporte teórico para a afirmação de teses específicas relacionadas aos três (referidos) aspectos centrais do regime jurídico da PPP. Afirmar-se-ão, assim, as teses da (i) constitucionalidade das novas espécies concessórias; da (ii) compatibilidade da repartição de riscos com o princípio constitucional da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo; (iii) do caráter de norma geral das regras dos incisos I e II do § 4.º do art. 2.º da Lei Geral de PPP; e (iv) da constitucionalidade do sistema de garantias previsto pela Lei geral de PPP (inclusive do instituto do fundo garantidor de parcerias público-privadas).

SUMMARY

The intent of this work is to offer two main broaches on the matter of the newest public-private partnership theme: (i) the legal content assertion of a legal kind of public-private partnership on the Brazilian law (inserted nationally by the Law no. 11079/2004); (ii) a construction of a dogmatical-hermeneutical theoretical support by three nuclear aspects of the public-private partnership legal system: (a) the applicable guidelines; (b) the prohibition hypothesis on the use of the PPP legal kind; (c) the special warranties syste. These confrontments have new assumptions on reading hermeneutical references from the administrative contract institute, proposing, on this matter, the acceptance of a functional hermeneutical, that understand it as an instrument intended to produce efficient economic results to common interest. The first approach, analyses the legal constitution of the concession model, following the most specific act of concession kinds, the common concession of public services, sponsored concession and government concessions (public-private partnership), the object structurally examined, matters and recompense system. On this purpose the main index types will be supplied, necessary to compound the incidence hypothesis (preceding) of your legal system (resulting). The alteration on the content of the legal concession model will be explored on Law n.º 11079/2004, that not only introduced two new kinds of concession as well as produced substantial modifications on the legal treatment of the common concession, subtracting of its legal kind the arrangements (fact kinds) that assumed Government's pecuniary share as source of the concession costs – absorbed by the sponsored concession hypothesis. The second approach intend to built a theoretical support to the assumption of the specific related theses to the three mentioned main aspects of the legal system of PPP. Asserting the theses of (i) constitutionality of the new concession kind; (ii) compatibility of the divided risks with the constitutional principle of the intangibility equation economic-financial of the administrative contract; (iii) the character of general norm of the ruling on incised I and II of § 4.º from art. 2.º of The General law of PPP; (iv) system constitutionality warrants foreseen by this law (inclusive the Instituto do fundo garantidor of the public-private partnership.

INTRODUÇÃO

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

Na era do expansionismo e do desenvolvimento, ultrapassado o tempo das grandes privatizações e o surto da descentralização, num estágio em que já se experimenta certo amadurecimento nas relações de cooperação entre o Estado e os particulares (*contratualismo*), os figurinos clássicos do contrato administrativo não mais atendem às necessidades da Administração Pública. Postula-se a sofisticação dos negócios administrativos como uma reivindicação da racionalidade econômica do Estado. Sob os paradigmas emergentes, brota o interesse desta nova Administração Pública pela recriação das técnicas contratuais, que devem favorecer a eficiência, a economicidade, o consensualismo e a gestão de resultados nesses novos tempos do Direito Administrativo.

É neste contexto que surgem as parcerias público-privadas como contratos administrativos desenvolvimentistas de segunda geração. Sua atualidade é compartilhada por diversos países do mundo; especialmente os europeus. Surgido em traços centrais no Direito anglo-saxão, o modelo das *public-private-partnership* rapidamente se proliferou por outros ordenamentos, penetrando, mais recentemente – precisamente com o advento da Lei n. 11079/2004 -, o Direito nacional. A temática relaciona-se com a incapacidade dos Estados no financiamento de projetos estruturantes, buscando-se no setor privado a partilha de riscos e dos investimentos suficientes a permitir o incremento da infra-estrutura pública.

No Direito brasileiro, a parceria público-privada nasce como uma espécie do modelo concessório. Suas duas tipologias -- *concessão patrocinada* e *concessão administrativa* - servem, respectivamente, a integrar a participação do Estado no custeio de projetos concessórios deficitários, e a viabilizar a associação da técnica concessória ao custeio integral da execução do contrato pelo Poder Público (estendendo-se a lógica concessória a atividades que tradicionalmente não se configuravam como passíveis do sistema tarifário). A compreensão desse modelo pressupõe todo um evolutivo processo de transformação das dimensões do Estado evidenciado nos últimos anos.

2. CONTEXTUALIZANDO AS PPPS

Muito já se debateu acerca das recentes transformações sofridas pelo Estado. Há o reconhecimento do declínio do Estado-prestador e do ressurgimento de um Estado modesto, mínimo ou, simplesmente, suficiente. Um dos pilares que sustentou o movimento de redução das dimensões do Estado foi a proposta para a otimização dos serviços públicos anelada à superação da insuficiência do Estado no custeio de uma prestação direta em obras e serviços. Do processo de desestatização promovido em inúmeros países decorreram a venda de empresas estatais e a transferência da prestação de serviços públicos ao setor privado. Além disso, verificaram-se quebra de monopólios e *desregulação* do mercado, introduzindo-se a concorrência em determinados serviços públicos a partir da atenuação de barreiras regulatórias.

O Brasil não ficou à margem desse processo. O Estado brasileiro iniciou seu movimento de privatização ao final de 1979, a partir da criação do Programa Nacional de Desburocratização¹. Embora esse processo não tenha apresentado resultados expressivos, arrastando-se por mais de dez anos com um saldo de apenas quarenta e seis empresas privatizadas, gerando valores inferiores a US\$ 800 milhões, a iniciativa foi retomada no início da década de 90, com o lançamento do Programa Nacional de Desestatização (PND)². Todavia, a ausência de planejamento (jurídico, sobretudo) adequado, aliado ao insucesso do plano de estabilização do governo federal (Plano Collor), impediu resultados satisfatórios do Programa. Os valores resultantes somaram aproximadamente US\$ 8,6 bilhões, pela venda de trinta e três empresas federais (com a transferência para o setor privado de US\$ 3,3 bilhões em dívidas). Somente a partir de 1995³, sob um suficiente planejamento estatal, num movimento apoiado e seguido pela maioria dos Estados-membros, com a criação inclusive de programas de desestatização locais, iniciou-se um efetivo e denso processo de privatização de empresas do Estado e de

¹ Criado pelo Decreto n.º 83740/79.

² Criado pela Lei n.º 8031/90, seus principais objetivos foram o ordenamento estratégico da economia, a redução da dívida pública, a retomada dos investimentos nas empresas privatizadas, a modernização da indústria e o fortalecimento do mercado de capitais.

³ Em 1995, com a edição da MP n.º 841/95, houve mudanças específicas na condução do PND. Também a Lei n.º 9491/97 redefiniu posteriormente o Programa.

transferência da prestação direta de serviços à esfera privada, produzindo resultados surpreendentes.⁴

Ressurgem daí as concessões como um dos instrumentos largamente utilizados pela *recriação* do Estado, promovendo-se a substituição de uma responsabilidade de execução no tocante às tarefas públicas por uma responsabilidade-garantia. O processo se faz acompanhar de um marco regulatório, em que entes independentes concentram poderes de tutela sobre setores estratégicos. Os resultados positivos desse processo passam a ser considerados, virando-se a página na história do Estado para consolidar um amplo conjunto de reformas estruturais.

Neste domínio, verifica-se, ainda, a busca do Estado pelo instrumentário do Direito privado. O progressivo recurso a formas de direito privado na atuação estatal, caracterizando o que se batizou no passado de *fuga para o direito privado*⁵, introduz o direito administrativo numa renovada esfera de relação com os privados. Do clássico conceito de contrato administrativo evolui-se para novos instrumentos de parceria entre o público e o privado.

Numa segunda etapa desse processo, o contraponto da ausência de suficiente fluxo de recursos públicos à necessidade de expansão e desenvolvimento dos Estados, calcado primordialmente na execução de obras e serviços de infraestrutura, conduziu à busca por novos instrumentos de financiamento do setor público. Algumas iniciativas, como a do Reino Unido, desenvolveram projetos de parceria entre o Estado e empresas privadas (*Private Finance Initiative*⁶),

⁴ Dados tirados das seguintes obras: GIAMBIAGI, de Fabio e ALÉM, Ana Cláusia. *Finanças públicas*. 2.º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 383 e ss. “PPP: unindo o público e o privado”, in *RAE*, vol. 3, abril/2004. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2004, p. 26 e 27. CASTRO, Lavínia Barros de. “Privatização, Abertura e Desindexação: a primeira metade dos anos 90”, in *Economia brasileira contemporânea (1945-2004)*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 146 e ss.

⁵ A expressão não é nova, remontando ao período pós Primeira Grande Guerra – tendo sido usada por FRITZ FLEINER (*die Flucht in das Privatrecht*).

⁶ Regulamentada em 1993 e efetivamente implementada ao final de 1994, a *Private Finance Initiative* veio a suplantir a sistemática das *Ryrie Rules* — conjunto de regras que estabeleciam critérios para a participação de financiamento privados em empresas estatais. Na etapa inicial de sua implementação, a ausência de suficiente coordenação, marcada pela ineficiência na tarefa de priorização de alguns projetos (quando inúmeros empreendimentos em PFI estavam se desenvolvendo de forma rápida e concomitante), levou a resultados indesejados. O governo inglês, já sob a égide do *Labour Government*, anunciou, em meados de 1997, a necessidade de proceder a uma profunda revisão nos projetos de PFI. Como resultado, produziu-se um detalhado Relatório (*Bates Report*), onde constaram inúmeras recomendações para o aperfeiçoamento das PFI/PPP. A partir de sua edição, criou-se um departamento próprio de suporte dentro do Tesouro Inglês (*Treasury Taskforce*) com o objetivo de desempenhar funções de coordenação e supervisão das

buscando-se soluções ao déficit público limitador do desenvolvimento. Outros países europeus desenvolveram fórmulas similares, ressentidos da perda da capacidade de investimento (premidos pela necessidade de impor limites ao déficit público para equacionar o orçamento) gerada, sobretudo, pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC), surgido em 1997 no direito comunitário. Planta-se, nesse cenário, a noção de uma fórmula contratual universalmente batizada de *Public Private Partnership*⁷.

No Brasil não foi diferente, tendo o Estado nacional de recorrer a esta modalidade de contratação de molde a superar os óbices a um crescimento sustentado, cumprindo-se políticas desenvolvimentistas. Sob esse contexto, nasceram inúmeras leis estaduais e municipais e a Lei Federal n.º 11079/2004, que instituiu normas gerais (e federais) para licitação e contratação de parceria público-privada.

O estudo do modelo apresenta, assim, não só uma dimensão *jurídica*, que se evidencia na evolução construtiva dos instrumentos de parcerização entre setor público e privado, mas também uma dimensão *econômica*, retratada na sua vocação a configurar um certo modo de financiamento de infra-estrutura pública, e outra *política*, por significar a PPP uma técnica afetada à política desenvolvimentista. Todos estes ângulos estão absorvidos na sua vocação jurídica e serão, em alguma medida, tematizados nos enfrentamentos que seguem.

PFI. Esse órgão foi posteriormente substituído, em junho de 2000, a partir de uma segunda revisão levada a efeito pelo governo inglês acerca das PFI/PPP (realizada em julho de 1999 e presidida pelo mesmo signatário do Relatório de junho de 1997, Malcolm Bates), por uma organização permanente até hoje em atividade: a *Partnerships UK* (trata-se de uma sociedade de capital misto, com composição majoritariamente privada, que detém função de planejamento, negociação e implementação dos projetos de PPPs).

Num período de aproximadamente dez anos, foram assinados quinhentos e sessenta e oito projetos pela modalidade de PFI, correspondendo a um capital equivalente a trinta e seis bilhões e meio de libras (*The Private Finance Initiative (PFI)*, GRAHAME ALLEN, *Economic Policy and Statistics Section* — *House of Commons Library*. Londres, 27 de outubro de 2003). Houve significativos investimentos nas áreas de saúde, defesa, educação, trabalho, previdência, presídios, meio ambiente e, principalmente, transportes — setor que ocupou um terço do valor do total investido. Atualmente, investem-se valores da ordem de seis bilhões de dólares americanos anuais, sendo que cerca de setenta por cento do valor total dos contratos é de responsabilidade do governo central. (A lista integral dos projetos de PFI assinados até 4 de abril de 2003 no Reino Unido pode ser encontrada no site do *Office of Government Commerce (OGC)*: www.pfi.ogc.uk).

⁷ A noção não remete a um conceito unitário de PPP. Há núcleos de identidade nos regimes jurídicos dos Estados que a adotaram, não se podendo, no entanto e obviamente, aludir a um modelo comum.

3. AS TESES PROPOSTAS E SUA FISIOLÓGIA

As abordagens que caracterizam o presente trabalho não pretendem compor o que se poderia chamar de uma teoria geral das parcerias público-privadas. A novidade do tema, certamente, está a reivindicá-la. Mas este objetivo é por demais amplo e exigente, e transcende, em muito, os limites de uma tese de doutoramento. Até porque a construção de uma teoria desta natureza, supondo-se um tema ainda em *estado bruto*, é fruto de um processo evolutivo, que se consolida pela contribuição paulatina e dialética (no sentido *hegeliano*, mesmo) da doutrina⁸. O propósito, aqui, é mais tímido e mais específico. Do vasto campo temático associado ao instituto da parceria público-privada, pretendo oferecer dois enfoques específicos, propondo duas teses centrais a este trabalho (*mediadas* por outros enfrentamentos de suporte):

(i) *a afirmação do conteúdo jurídico do tipo legal da parceria público-privada no Direito brasileiro*, esforço que buscará extrair do ordenamento jurídico-positivo a sua essência jurídica (constitucional e legal), acomodando-a sistemicamente ao regime jurídico do contrato administrativo – identificando construtivamente as refrações e modulações produzidas pelo advento da Lei n. 11079/2004 no âmbito do regime do contrato administrativo, mais particularmente no âmbito do regime concessório (que identifica um núcleo de tratamento comum às espécies da concessão comum de serviço público, concessão patrocinada e concessão administrativa). Neste enfrentamento, será afirmada, como tese específica, a *constitucionalidade do modelo da parceria público-privada*; e

(ii) *a construção de um suporte teórico* a três aspectos centrais do regime jurídico das parcerias público-privadas: (a) as *diretrizes aplicáveis*; (b) as *hipóteses de vedação do uso do tipo legal da PPP*; a (c) o *sistema especial de garantias*, fazendo uso de (ii.1) uma *interpretação funcionalista* do contrato administrativo -- que o toma por uma técnica de mediação entre uma racionalidade jurídico-formalista e a racionalidade econômica que orienta as ações da Administração Pública --, favorecida por uma renovada dogmática do contrato administrativo.

⁸ Talvez se possa dizer que se oferecem com esta(s) tese(s) alguns fragmentos para semear a fecundação de uma teoria geral das PPPs.

Na exploração analítica dos tópicos (a), (b) e (c), teses hermenêuticas específicas podem ser identificadas, como a que (a.1) advoga a constitucionalidade da repartição objetiva de riscos nos contratos de PPP; a que (b.1) sustenta o caráter de norma geral da regra dos incisos I e II do § 4.º do art. 2.º da Lei Geral de PPP art. 4.º; a que (c.1) sustenta constitucionalidade do sistema de garantias.

A tese (i) está desenvolvida ao longo da Parte II. A tese (ii) utiliza de algumas premissas fixadas na Parte I com vistas a favorecer os enfrentamentos desenvolvidos na Parte III, especialmente (a), (b) e (c).

Em síntese, a partir dois enfoques propostos, identificar-se-ão quatro *teses* específicas: (1) afirmação da constitucionalidade do modelo da parceria público-privada; (2) afirmação da compatibilidade da repartição objetiva de riscos com o princípio constitucional da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo; (3) afirmação do caráter de norma geral das regras dos incisos I e II do § 4.º do art. 2.º da Lei Geral de PPP; e (4) afirmação da constitucionalidade do sistema de garantias previsto pela Lei geral de PPP (inclusive do instituto do fundo garantidor de parcerias público-privadas).

4. A ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO: O PLANO

A abordagem recebeu uma segmentação em três grandes partes.

Numa primeira Parte – a que denomino de *A Era das Parcerias – por uma nova exegese dos contratos administrativos* --, procurarei demonstrar que o advento da parceria público-privada reclama o re-enquadramento da teoria do contrato administrativo sob os paradigmas emergentes, evidenciando que a velha dogmática do contrato administrativo não é mais adequada para explicar a versão pós-moderna do instituto, muito menos o é para acolher um contrato desenvolvimentista de segunda geração, como a parceria público-privada.

O reconhecimento desta proposta parte de um diagnóstico acerca da construção da teoria do contrato administrativo no Direito brasileiro atrelada a postulados que informaram uma *Administração unilateral*. A nova era do contrato administrativo, trazida pelos ventos dos novos paradigmas em ascensão, reivindica uma dogmática que o considere como uma técnica (instrumental) vocacionada produzir eficientemente efeitos econômicos, facilitando os negócios do Estado. É

fruto de um momento histórico em que o Estado, incomodado com a escassez, incorpora uma racionalidade econômica, pragmática, realista, aproximando-se dos mercados para alcançar economia e eficiência em suas trocas. É neste contexto, em que conversam sistemicamente o Direito e a Economia, que deve brotar uma nova teoria do contrato administrativo, cujos fragmentos podem ser colhidos ao longo da primeira Parte desta tese.

Ainda nesta Parte I, afirmada a necessidade da consolidação de uma dogmática contemporânea do contrato administrativo, pretendo avançar para enquadrar a parceria público-privada como um instrumento jurídico-econômico que serve ao *Direito do desenvolvimento*. Esse modelo inaugura assim um tipo jurídico que se poderia batizar de *contrato desenvolvimentista de segunda geração*, vocacionado à recuperação e expansão de infra-estrutura pública, permitindo-se alcançar a superação dos gargalos de logística e preparar a rota desenvolvimentista – traçada como programa de governo. Este tipo de contrato depende de uma forte sintonia do Estado com o setor-privado parceiro. O contratado deixa de ser mero *colaborador* do Poder Público (ao encarregar-se da prestação de atividades estatais) para tornar-se, na configuração das parcerias, verdadeiro *parceiro*. Por isso, reclama-se uma dogmática desprendida dos velhos dogmas do direito administrativo, com a condição de promover a reconciliação entre Poder Público-contratante e mercado-contratado. Com as técnicas jurídicas inerentes às parcerias público-privadas, busca-se alcançar a dissipação de uma série de fricções que dificultavam o relacionamento eficiente entre estes lados.

Em uma Segunda Parte – Caracterização dos Tipos Concessórios –, início propriamente um exame voltado a decifrar, de um prisma lógico-normativo, o conteúdo jurídico da parceria público-privada. Compreende-se aqui o exame de cada um dos tipos concessórios – (a) concessão comum de serviços públicos; (b) concessão patrocinada; e (c) concessão administrativa -, complementados e re-organizados sistematicamente a partir do advento da Lei n.º 11079/2004.

No objetivo de oferecer uma visão taxonômica e analítica da parceria público-privada, a partir também do modelo concessório que lhe serve de base, dividi esta Parte em 4 Capítulos. O Capítulo I pretende examinar a versão contemporânea do modelo concessório, já informado pelas alterações jurídicas prescritas pela Lei n.º 11079/2004. Dedicar-se à busca pela raiz jurídica da PPP, que,

classificada pela lei como um tipo concessório, mereceu a atração de uma disciplina específica e abrangente dos contratos concessórios (classe-gênero dos contratos de concessão). O Capítulo II, o Capítulo III e o Capítulo IV dedicam-se ao exame jurídico dos tipos da *concessão comum de serviço público*, da *concessão patrocinada* e da *concessão administrativa*, respectivamente, cuja estrutura de análise foi decomposta em *objeto*, *configuração subjetiva* e *remuneração*. No enfrentamento destes modelos, há uma atenção particular aos seus aspectos remuneratórios – aprofundando-se a análise tarifária e aquela relativamente às fontes de financiamento e custeio da execução de serviços público e serviços ao Estado -, uma vez que a configuração jurídico-normativa da PPP gira em função das novas técnicas de financiamento quanto à execução de serviços e empreendimentos estruturantes.

Já em uma Terceira Parte, há o exame de aspectos relevantes do regime jurídico da parceria público-privada, sem os quais não seria possível uma compreensão adequada de seu conteúdo jurídico. Trata-se de examinar o *catálogo de diretrizes* prescrito, as *hipóteses de vedação* e o *sistema especial de garantias*. O enfrentamento das diretrizes será desdobrado em análises específicas sobre alguns aspectos temáticos relevantes. Assim se passa com o Direito da Responsabilidade Fiscal e com o Direito do Equilíbrio Financeiro Contratual (envolvido na análise da diretriz que impõe a repartição objetiva de riscos entre as partes).

Fecha-se o trabalho com a anotação das conclusões sinteticamente extraídas dos raciocínios e das teses defendidas pontualmente em cada um dos enfrentamentos relevantes que marcaram o seu desenvolvimento analítico.

PARTE I

A ERA DAS PARCERIAS: POR UMA NOVA EXEGESE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. INTRODUÇÃO

A parceria público-privada inaugura um novo tempo da contratação administrativa. Seu advento reivindica uma nova dogmática do contrato administrativo, que exige não só a renovação de alguns de seus clássicos postulados, como a ampliação de seu âmbito de abrangência para abraçar os novíssimos *contratos administrativos de segunda geração*, que, muito além de corporificarem instrumentos da rotineira atividade administrativa, configuram técnicas de parcerização entre o poder público e o setor privado, para a execução de projetos estruturantes e a realização de políticas de desenvolvimento. São contratos de uma nova era do Direito Administrativo; de um novo *Direito do Contrato Administrativo*.

O esforço em preencher de significação o conteúdo jurídico da parceria público-privada não prescinde, portanto, da tarefa de harmonizá-la com a teoria do contrato administrativo; não com uma teoria marcada pelo obsoletismo, fruto de concepções já superadas – e que sempre cresceu à sombra da teoria do ato administrativo –, mas de uma teoria remodelada à luz dos paradigmas emergentes. É necessário, então, fixar suas raízes teóricas numa dogmática capaz de traduzi-la, na complexidade que lhe é própria, não apenas como um contrato administrativo ordinário, mas como uma técnica manejada pelo direito do desenvolvimento – que já lhe justifica um tratamento jurídico peculiarmente distinto dos demais contratos administrativos.

Esta missão supõe, de um lado, a revisão daquilo que se poderia chamar de *parte geral* da teoria do contrato administrativo, reconstruindo certos postulados à luz de tendências paradigmáticas da atualidade; e, de outro, o investimento na edificação de uma parte especial da teoria do contrato administrativo, capaz de acolher e explicar os contratos administrativos desenvolvimentistas (de segunda geração).

Estas abordagens pretendem fazer emergir uma hermenêutica *funcionalista* do contrato administrativo, que o compreenda como um instrumento vocacionado a produzir resultados econômicos eficientes ao interesse coletivo. Debaixo desta hermenêutica, deve o contrato ser lido não apenas segundo uma racionalidade exclusivamente jurídica (e excessivamente ritualística), mas, também, a partir de

uma *racionalidade econômica* que guia as ações instrumentais estatais com vistas à ampliação dos benefícios coletivos e sociais.

É preciso lembrar que o florescimento dos modelos contratuais que prevaleceram historicamente no Direito brasileiro deu-se em época marcada por um contexto político, econômico e jurídico bastante diferente do que vivemos hoje. Especialmente ao longo da segunda metade do século XX, quando se firma no Direito Nacional uma teoria do contrato administrativo, não seria errado reconhecer o prevalecimento de uma Administração de perfil burocrático e unilateral. Sob este contexto desenvolveu-se a dogmática do contrato administrativo, cujas bases estendem-se até os dias atuais.

Uma leitura histórico-evolutiva do processo de acomodação da teoria do contrato administrativo no direito nacional, assim como de suas sucessivas recriações para atender à transformação formal do direito, demonstra sua dificuldade em desgarrar-se dos dogmas e postulados de uma Administração unilateral. Testemunhamos ao longo do último século o esforço em *modelar* o contrato no seio de um regime jurídico configurado sobre premissas que fundaram uma Administração unilateral. Sua teoria, neste domínio, surge mais como um apêndice da teoria do ato administrativo que como a tentativa de substancializar a figura do contrato administrativo. Empresta do direito das providências unilaterais a essência de suas bases teóricas.

Ou seja: o contrato administrativo vem sendo lido pelas lentes da teoria do ato administrativo; a ele tem-se reconhecida a aplicação de postulados inconciliáveis com a *racionalidade do contrato*. Esse quadro tem inibido historicamente a técnica do contrato administrativo como um instrumento para a realização eficiente de operações econômicas. O aprisionamento da vocação do contrato nas teias da teoria do ato administrativo minimiza-lhe funções econômicas cruciais para o desempenho instrumental de seu papel na economia do Estado⁹.

⁹ Não se nega a suscetibilidade do contrato administrativo às interferências de outras disciplinas impostas à atividade administrativa, como a disciplina das finanças públicas, da processualidade administrativa etc, o que certamente impõe-lhe condicionantes que afetam seu regime jurídico. Mas há aspectos do tratamento jurídico do contrato em si com referibilidade num regime jurídico edificado a atender uma Administração unilateral, incompatíveis com a sua vocação, que têm sufocado historicamente esta técnica como uma via para instrumentalizar operações econômicas (sob uma lógica de incentivos) com ganhos para as partes envolvidas.

Considerando, então, esse *diagnóstico*, este Capítulo pretende oferecer algumas *propostas* de superação do ranço de unilateralidade que tem marcado a compreensão de aspectos da dogmática do contrato administrativo. Talvez seja este um momento histórico para refundar a teoria do contrato administrativo, interativa com as formas organizacionais dos mercados e sensibilizada pela dimensão *conseqüencialista* do Direito.

Estas propostas partem do reconhecimento da dupla face do contrato (como operação econômica e como operação jurídica), considerada a partir da coexistência de uma racionalidade econômica e outra jurídica do Estado. A via *jurídica* do contrato, neste contexto, deve ser lida finalisticamente como uma técnica para a realização (e facilitação) de operações econômicas, que tem referibilidade, dado seu caráter instrumental, na *racionalidade econômica* do Estado.

Assim, em uma primeira parte – a que intitulo de *diagnóstico* –, fornecerei um breve exame histórico-evolutivo a propósito da penetração da teoria do contrato administrativo no Direito brasileiro, destacando-se os caminhos dogmáticos percorridos na construção teórica do instituto do contrato administrativo no Direito nacional. Os destaques, nesta exposição, ficarão para a dificuldade em se construir um regime *contratual* de Direito público (fundado em premissas de uma Administração unilateral).

Em uma segunda parte, tentarei oferecer algumas propostas hermenêuticas ao contrato administrativo. Neste objetivo, o contrato administrativo deverá ser re-enquadrado (juridicamente) não mais como uma mera forma burocrática de agir, destituída de interação funcionalista com seus fins econômicos, mas como técnica instrumental de realizar eficientemente operações econômicas, e que se auto-alimenta também da experiência econômica, partir de uma dimensão *conseqüencialista* do raciocínio jurídico.

Em uma terceira parte, como mero complemento, explicarei a parceria público-privada como um contrato desenvolvimentista de segunda geração, que, muito além de retratar uma técnica contratual ordinária – que deve, sob a nova perspectiva da teoria do contrato administrativo, perseguir resultados eficientes --, materializa um instrumento para o desenvolvimento, prestando-se à realização de um fim programático da Constituição. Seu tratamento jurídico há ser peculiarmente informado também por essa funcionalidade que lhe é inerente.

Passo a tratar, brevemente, de um retrospecto histórico-dogmático do contrato administrativo no Direito nacional.

2. O DIAGNÓSTICO: O FORJAMENTO DA TEORIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A construção de um regime do contrato administrativo no Direito brasileiro esteve associada historicamente à penetração da teoria geral do contrato administrativo (de inspiração francesa) na dogmática dos contratos da Administração¹⁰. Sua evolução dogmática partiu de um esforço de enquadramento do instituto no seio de um regime de direito administrativo edificado sobre bases jurídico-públicas (informada fundamentalmente pelo postulado da *supremacia do interesse público sobre o interesse do particular*), o que exigiu a *modulação* de certas características do contrato.

Pode-se apanhar que, nesse processo de adaptação-acomodação do contrato no arcabouço teórico do direito administrativo, certas características jurídicas lhe foram amputadas, capturando-se na projeção das vinculações jurídico-públicas e na força jurídica do princípio vetor da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular a tutela da estabilização dos efeitos do pacto. Isto é: o enquadramento do contrato no regime jurídico-administrativo significou a referibilidade da estabilidade dos efeitos do contrato (da força jurídica do avençado pelas partes) à tutela do interesse público, dinamizando-se o vínculo jurídico-contratual.

Isso resultou em dotar o regime do contrato administrativo de uma regulação singularizada daquela que condiciona o contrato de direito privado.

No tocante à formação do contrato, o ambiente de negociabilidade próprio da formação e configuração do pacto foi re-formatado a partir da imposição de procedimentos conformadores da manifestação da vontade normativa da Administração. Reconduz-se a ampla latitude de negociação que marca a relação pré-contratual entre os privados (resultado de uma relação de mera não-contradição legal, como vertente do princípio da legalidade aplicado ao mundo privado) aos estreitos lindes dos procedimentos formais, aprisionando-se a liberdade de

¹⁰ Ver itens 3.1.1 e 3.1.2 do Capítulo I da Parte II.

negociação da Administração. Assim, o contrato administrativo nasce como um produto do processo administrativo de licitação (ou de contratação direta, mas, ainda assim, procedimentalizada), sendo que suas cláusulas, muito embora possam indiretamente sofrer influências externas (pelo efeito de audiências públicas etc.), são configuradas unilateralmente pela Administração e postas à disposição dos interessados.

Um dos traços marcantes da heterogeneidade do contrato administrativo refere à *validade*. Tal como se passa com os atos administrativos, o regime de validade dos contratos públicos atrai a regulação de Direito Público, donde se deve olhar para a *competência* do ente, do órgão e do agente que o realiza. Além disso, há que se obedecer ao processo de *formação* do contrato em todo o seu regramento, não sendo possível que o contrato resulte em desconformidade com os termos do Edital e/ou da proposta (salvo as hipóteses permitidas pela legislação). Também, os contratos administrativos, para serem válidos, hão de cumprir com as questões de *formalização* e de *fixação de conteúdo e prazo* conforme a disposição legal.¹¹

Já de um ponto de vista da relação jurídico-contratual (visto o contrato sob um enfoque dinâmico), o tratamento jurídico que lhe foi dispensado traduziu não só o condicionamento da conduta administrativa acerca de uma série de providências atinentes à execução contratual, como dotou a Administração de poderes exorbitantes (relativamente ao regime contratual do direito privado), retratados na previsão da legislação geral (art. 58 da Lei n. 866/93) das competências administrativas de alteração (inc. I), de rescisão (inc. II), de fiscalização (inc. III), de aplicação de sanções (inc. IV) e de ocupação provisória de bens, na hipótese de serviços essenciais - quando se verificar a necessidade de acautelar apuração administrativa e faltas contratuais pelo contratado, assim como na hipótese de rescisão do contrato administrativo (inc. V). Estas competências exteriorizam-se e produzem efeitos relativamente ao contratado independentemente de autorização judicial. Conformam, assim, atos auto-executórios.

Comparativamente ao contrato de direito privado, percebe-se então que todo esse excesso de regulação condicionante do contrato administrativo justificou-se, de

¹¹ Conforme SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contratos Administrativos*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 217 a 225.

um lado, com vistas a constranger a vontade administrativa a tomar certos caminhos procedimentais, evitando-se decisões fundadas em escolhas livremente arbitradas pelo administrador (reduzindo-se os riscos de desvios de ética etc.), e, de outro, no propósito de evitar que o interesse público subjacente à relação jurídico-contratual reste refém da estabilidade (imutabilidade) do contrato (autorizando-se então a sua modificação ou rescisão unilateral por razões de interesse público).

Toda esta disciplina floresceu originariamente em um estágio de desenvolvimento político do Estado marcado por forte intervenção e burocratização, tempo em que o direito administrativo se alimentava da contraposição entre interesse público (autoridade) e interesse particular (submissão). Produziu-se, então, uma exegese tradicionalmente antipática ao consenso e à bilateralidade. Lembra-se, com ROMEU BACELLAR FILHO, que “o predomínio da autoridade, no Direito Administrativo, fez com que a própria palavra “negócio” (para ZANOBINI designava o ato voluntário da Administração em analogia ao negócio privatístico) fosse expulsa do vocabulário administrativo. A imperatividade do ato administrativo correspondeu a uma “sacralização do poder estatal” que dificultava, e ainda dificulta, a compreensão de uma Administração inserida num panorama sob a bilateralidade e o consenso”¹².

É interessante ver-se que conforme crescia o intervencionismo do Estado (atingindo-se o seu apogeu no Estado-providência), os instrumentos jurídicos de controle eram intensificados, gerando-se a ampliação da burocracia. Neste domínio prevaleceu por muito tempo (durante o século XX) o paradigma da bipolaridade Estado-cidadão: “dois pólos separados, nem convergentes, nem contrastantes, mas em contraposição, a causa da superioridade de um sobre o outro; para compensar tal superioridade, o mais forte está sujeito a regras e deveres, deve atuar de maneira planificada imposta pela lei e pelo direito, enquanto o particular atua segundo seu próprio interesse, livremente, salvo os limites externos impostos por lei”¹³.

A teoria do ato administrativo se ergue, assim, num ambiente marcado por estas tendências – e vem só lentamente se renovando. O contrato administrativo foi, neste contexto, absorvido pelo direito a partir de premissas que sustentaram a teoria do ato administrativo¹⁴, o que resultou em reconhecer-lhe certos postulados

¹² *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 192

¹³ CASSESE, Sabino. *La Crisi dello Stato*. Roma: Laterza, 2002, p. 77.

¹⁴ Como já referiu EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “...não é uma forma correta de construir o Direito dos contratos administrativos a de aplicar aos contratos, onde seja possível, as normas

hermenêuticos revelados ao logo dos anos inconciliáveis com a sua vocação de técnica *negocial* e *econômica* para a realização de operações econômicas (sensíveis ao mercado). Pode-se dizer que a matização do contrato administrativo por uma dogmática comprometida com premissas justificadoras da Administração unilateral trouxe consequências como:

(a) a rejeição da *negociabilidade* e da *dialeiticidade* como característica do contrato, em homenagem ao caráter *imaculado* da função pública¹⁵. A Administração não poderia ver-se nivelada com interesses particulares, suscetível à dialética contratual. Suas soluções sempre nasciam prontas, organicamente geridas no ambiente fechado da Administração interna. Temia-se a contaminação do manejo da função pública pela influência dos interesses do mercado, do contrato;

(b) a excessiva flexibilização da estabilidade do contrato. Sob o fundamento da supremacia do interesse público, materializado na afirmação de que o interesse coletivo não poderia ficar refém da imutabilidade do contrato, a teoria do contrato administrativo admitiu historicamente um amplo repertório de poderes jurídicos estatais de interferência no contrato administrativo, como o *ius variandi*, a rescisão administrativa, o poder de aplicação de sanções e o poder de invalidação do contrato. Muitos deles retratados em dispositivos legais. A sua exegese não evoluiu exatamente para a afirmação restritiva destes poderes. Vigem, até os dias de hoje, majoritariamente uma leitura que assegura o amplo cabimento destas competências imperativas e auto-executórias no âmbito dos contratos administrativos. Sua manifestação mais radical – como vejo – está no acolhimento do poder da Administração de invalidar *ex officio* o contrato administrativo, mediante o exercício de competência auto-executória. O acolhimento de todas estas competências de

relativas aos atos administrativos. Regulações e acordos oferecem diferentes possibilidades de configuração, que adquirem importância se são complementares e não se entendem como possibilidades de ação o mais próximo possível uma da outra. As situações de configuração contratual devem ser concebidas, por isso, autonomamente em suas possibilidades e perigos, e ser abordadas por normas jurídicas que sejam coerentes com a dupla missão do Direito Administrativo, a de aportar limites mas também a de configurar procedimentos e técnicas que permitam uma atuação eficaz”. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Madrid: Marcial Pons. 2003, p. 329.

¹⁵ Bem apanha FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA ser comum a negativa da interlocução entre a Administração e o agente privado sobre as regras de relacionamento, sob o pretexto de que isso a impediria de fazer suas próprias opções: “Esta visão antiga prevaleceu por anos como forma de se assegurar que a Administração não correria o risco de ceder aos interesses dos interlocutores. A regra garantiria que o interesse público ficasse imaculado, sem se subordinar de qualquer forma ao interesse particular”. *Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 75.

flexibilização da *pacta sunt servanda* – considerado aqui o uso prático que lhe fez historicamente a Administração --, acarretou-lhe, enfim, uma instabilidade comprometedora de um nível mínimo de estabilidade necessário ao favorecimento de seus efeitos próprios (econômicos);

(c) a prevalência de uma interpretação *formalista* do contrato em prejuízo de sua interpretação *funcionalista*, tanto no que refere ao seu processo de *formação* com no que tange à sua *execução*. A formação do contrato restou marcada por excessiva burocracia, retratada nas minuciosas regras que orientam a licitação. A leitura hermenêutica desta disciplina desenvolveu-se apegada a um formalismo muitas vezes destituído de sentido (visto como um fim em si mesmo, desapegado de sua função meramente instrumental), justificado, de um lado, como fator inibidor dos desvios de ética (pelo cumprimento estrito dos ritos estabelecidos pelo legislador) e, de outro, como garante do direito dos interessados à participação na licitação (fundado também na aplicação do princípio da isonomia ao processo de licitação). Na disciplina propriamente do contrato (contrato como *execução*), acolheu-se interpretação formalista e rígida, aniquilando-se, muitas vezes, a função econômica do contrato em homenagem ao cumprimento *cego* de regras e fórmulas ritualísticas¹⁶. Neste contexto, nasceu a desconfiança quanto às técnicas de estímulo à eficiência, rejeitadas historicamente especialmente a partir da exegese das regras da Lei n. 8666/93.

(d) a radicalização da isonomia em detrimento da maior vantagem no uso da técnica contratual, desafiando-se a compreensão de que o contrato - muito embora enquanto manifestação da ação administrativa jamais possa incorrer em desvios de impessoalidade e ainda que deva seguir certos ritos marcados pela imposição de tratamento isonômico -, como técnica econômica que é, pressupõe escolhas negociais, que só podem estar adstritas à igualdade na medida na desigualdade dos *mercados*. Enclausurado nos confins de uma burocracia modelada para a ação unilateral e ensimesmada, a técnica do contrato administrativo mostrou-se insensível à dinâmica dos mercados, olvidando muitas vezes o sistema de incentivos que os move e a racionalidade econômica que os orienta. Desafiou-se a compreensão de

¹⁶ Regras como a que estabelece a necessidade de fixação do valor do contrato, por exemplo, conduzem a entender-se pela inviabilidade da estipulação de contratos *ad exitum* – ainda que em certos casos essa configuração possa revelar-se a solução mais econômica e vantajosa à Administração.

que o contrato, considerado na sua instrumentalidade, deve ser uma técnica apta a propiciar economia aos cofres públicos, e esse benefício justifica fatores de *discrimem* na estipulação de seus conteúdos, e, ainda, nos parâmetros configuradores dos processos de seleção dos parceiros da Administração.

Todas estas “distorções” decorreram da compreensão de aspectos do contrato administrativo por uma teoria cujas premissas fundantes cravaram-se no terreno do paradigma da bipolaridade – para referir à alusão de SABINO CASSESE. Ocorre que os tempos atuais exigem o re-enquadramento do instituto do contrato administrativo no âmbito do direito administrativo (ou do regime jurídico-administrativo), reconhecendo-lhe uma teoria autonomizada daquela que florescera historicamente associada à dogmática do ato administrativo. É necessário e urgente centrar esforços na construção de uma teoria do contrato administrativo, especialmente com vistas re-calibrar as tensões que se verificam entre as vinculações jurídico-públicas e a vocação econômica da técnica do contrato, acolhendo-o como uma técnica à realização de *negócios* administrativos, submissa a uma legalidade *finalista* que, antes a sufocar a sua lógica própria, reconhece e favorece a sua vocação em instrumentar eficientemente as trocas econômicas.

3. A EMERGÊNCIA DE NOVOS PARADIGMAS E A URGÊNCIA DE UMA NOVA DOGMÁTICA

O diagnóstico desenhado acima permite identificar alguns dogmas que classicamente informaram a compreensão do contrato administrativo no Direito brasileiro. A emergência dos novos paradigmas que experimenta o Direito Administrativo deverá propiciar a superação daquelas concepções.

Na era da *pós-modernidade*, em que os fenômenos são idiossincraticamente examinados em sua complexidade, com as lentes da imperfeição e da desconstrução; do *pós-positivismo*¹⁷, em que a ciência do direito abre-se à

¹⁷ A expressão não é indicativa de um conjunto ordenado de concepções metódicas acerca do direito - e de outras áreas do conhecimento -, mas, tal como o ambiente em que nasce, revela mesmo a diversidade e a complexidade do conhecimento, caracterizando-se por referir a uma profusão de teorizações originada como um contraponto aos dogmas positivistas. Talvez um aspecto comum às teorias do pós-positivismo esteja na compreensão de que o fechamento de sentido do direito, a sua completude e a sua auto-suficiência, são concepções falíveis e que não dão conta de resolver os anseios de uma sociedade plural e democratizada. A teoria constitucional do pós-

integração com outros âmbitos de referência; e do *neo-constitucionalismo*¹⁸, em que emergem os *princípios* como vetores que, aproximando a moral do Direito, trazem o desafio de buscar a definição equilibrada dos papéis dos atores do processo democrático (legislador x juiz x administrador), o direito administrativo experimenta,

positivismo é assim baseada na tentativa de mediar o direito e a moral, o direito e a política, buscando uma metódica que promova a construção de discursos racionais de legitimação. LUÍS ROBERTO BARROSO, ao aludir ao pós-positivismo como o marco filosófico do novo direito constitucional, afirma que “o debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação — ou, talvez, sublimação — dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito”, *In Revista de Direito Administrativo* n.º 240, abr/junho 2005, p. 4. CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO também anota que o pluralismo da sociedade contemporânea, marcada por um profundo desacordo moral, exclui a possibilidade de justificações metafísicas da ordem jurídica, recusando-se o jusnaturalismo. Mas é inegável, observa o autor, que os direitos naturais são hoje o embrião do catálogo de direitos humanos e dos direitos fundamentais. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁸ O triunfo histórico do constitucionalismo trouxe notáveis consequências no plano da compreensão e da operação da teoria jurídica. Três aspectos são implicitamente identificáveis neste processo de constitucionalização do direito. Primariamente e sob um ângulo *material*, evidencia-se a recepção pelo sistema jurídico de exigências morais, impregnando-o de forte carga axiológica - que se verifica, sobretudo, subjacentemente ao acolhimento do catálogo de direitos fundamentais constitucionais. A reconciliação entre direito e moral está associada à superação histórica do positivo jurídico, que deixou de oferecer o necessário aporte teórico-metodológico ao enfrentamento das complexidades que derivam da *rematerialização* do direito – para usar uma expressão de FIGUEROA. Não seria excessiva a afirmação de que as concepções positivistas, que obtiveram grande prestígio no passado, não mais dão conta de explicar a complexidade da realidade do Direito contemporâneo. O confinamento da norma jurídica como objeto da ciência do direito, higienizada (pelas lentes do purismo) da implicação de fenômenos políticos, culturais, sociais etc., revelou-se um pressuposto metodológico insensível à complexidade da sociedade enquanto consumidora-destinatária da ordem jurídica e à realização dos valores democráticos alçados ao plano da Constituição. Persegue-se nos tempos atuais, no plano da metodologia jurídica, o resgate de uma *razão prática* com o propósito de promover a reconciliação entre direito e moral. Sob um aspecto *estrutural*, é observável a emergência dos princípios como uma tentativa de introduzir uma nova padronagem tipológica das normas jurídico-constitucionais. Neste contexto evolutivo da teoria do direito constitucional, um dos principais ingredientes da nova interpretação jurídica está no reconhecimento da normatividade dos princípios. São os princípios — normas distinguíveis das regras pelo seu alto grau de abstração e generalidade e pela sua vocação à *ponderação* — os vetores axiológicos que visam a concretizar as aspirações constitucionais, estas decorrentes de uma tensão dialética entre forças sociais, cuja composição importa, além do acolhimento do princípio majoritário, a proteção ao direito de minorias. Mas um dos desafios acerca da concreção dos princípios reside justamente nos critérios e procedimentos erigidos à sua manipulação diante dos casos concretos — o que faz evidenciar um ângulo *funcional* do constitucionalismo. Inclusive pela necessidade de conceber critérios ao controle racional da discricionariedade judicial — intrínseca ao Estado de Direito e ao Estado Democrático —, gerada pela indeterminação dos conceitos veiculados pelos princípios jurídicos. Como então que, diante dos *hard cases* e no terreno da ponderação de valores, se possa impedir que o operador jurídico se afaste da vontade constitucional? Nesta missão, há um sem-número de teorizações dedicadas ao enfrentamento de aspectos relevantes da problemática. Uma preocupação central está na justificação racional da atuação do juiz enquanto operador dos valores constitucionais, que deve decidir amparado em padrões de racionalidade legitimados através do processo de argumentação. Ver, entre outros, FIGUEROA. “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, *In Neoconstitucionalismo* (Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 213 e ss.

em seu micro-cosmos, a erosão da imperatividade, da unilateralidade e da hierarquia e o advento da consensualidade, da negociabilidade e da cooperação.

Estamos, então, entrando em um novo tempo do Direito Administrativo, que, no limite das inexoráveis vinculações jurídico-públicas, usa do Direito Privado quando este se mostra mais *eficiente* que as técnicas juspublicistas; que, sem desviar-se de postulados éticos, fala a língua dos mercados quando isso lhe favorece a *economia* e lhe traz benefícios; e que zela pela *estabilidade* e pela *confiança* nas relações com os administrados, inclusive naquelas *desierarquizadas*, fruto de modelos cooperativos de gestão. Tudo visto e concebido pelas lentes do realismo e do pragmatismo. É este novo Direito Administrativo, também, que, na sua dimensão constitucional, preza a equilibrada definição dos atores democráticos, presumindo a constitucionalidade das leis administrativas (produzidas pelo legislador) e assegurando ao administrador os espaços políticos (discricionários em sentido amplo) que lhe estão legitimados pelo projeto democrático.

Este(s) paradigma(s) nasce(m) para o Direito simultaneamente à dinâmica das reformas econômicas e políticas que produziram a *recriação* do Estado nas últimas décadas. É válido notar que, na esteira do processo de transformação das dimensões do Estado, a participação do particular assumiu renovada importância na atuação pública, despertando-se com isso a relativização da dimensão do autoritarismo do poder estatal. Passou o Estado a gerir a coisa Pública *com* e não mais *contra* o cidadão. Assistiu-se ao desenvolvimento de formas concertadas de ação em substituição ao uso de vias autoritárias e unilaterais. É, sobretudo, como subproduto deste panorama que surgiu o fenômeno da *contratualização*¹⁹ associado à crise de uso de meios unilaterais e autoritários de ação, pondo-se em xeque o próprio conceito de ato administrativo. O *processo* e o *contrato* aparecem como institutos mais propícios a esse novo modelo de Administração Pública vigente²⁰.

¹⁹ "Relativamente à Administração Pública, a opção por formas de actuação concertadas, assim como a crise da noção autoritária de acto administrativo, vão a par da necessária adaptação das estruturas e dos modelos de organização administrativos. Característico desta moderna Administração concertada é a 'crescente dificuldade, não só da autónoma definição (abstrata e objectiva) do interesse público, mas especialmente da sua realização pela via autoritária e unilateral. De uma forma crescente, portanto, o interesse público vê-se na necessidade de induzir a colaboração da economia privada e chegar a fórmulas de concerto, transação e cooperação com grupos sociais e agentes privados". SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 126.

²⁰ Como já disse em artigo específico, "No domínio da moderna Administração de infra-estruturas (também batizada de *administração-prospectiva* ou de *planeamento*), trazida com o Estado

Neste domínio, experimentou-se, ainda, o progressivo recurso às formas de direito privado, seja no que toca às formas de atuação, seja no que diz com as formas de organização da Administração. Na teoria do direito público, concebeu-se uma espécie de *direito privado administrativo*²¹, para explicar as interconexões entre as regras e princípios do Direito Público com técnicas nascidas e fecundadas no Direito Privado. Foi neste contexto que o direito administrativo experimentou a expansão de seus limites, valendo-se de instrumentos de Direito Privado com vistas ao aprimoramento de sua gestão e atuação.

Ensaia-se, no bojo desta evolução, a superação de uma visão ensimesmada das formas de ação administrativa, especialmente da via contratual. À dogmática do contrato administrativo caberá promover a oxigenação das concepções de uma Administração unilateral que outrora forjaram o desenvolvimento da teoria do contrato administrativo, repensada à luz da superação do paradigma da bipolaridade

pós-social, o *procedimento* vem sendo afirmado como a nova tônica da ação administrativa. Se na administração-agressiva, típica do Estado Liberal, vigeram as formas autoritárias de gestão, produzindo o que se chamou de *ato desfavorável*, e no Estado Social (administração-prestadora), em contrapartida, o *ato favorável*, são agora o *procedimento* e a *relação jurídico-administrativa* (multilateral) os novos focos da atividade administrativa. Daí o alvitre de NIGRO — na esteira de BACHOF — de que o “ato administrativo já não é mais o centro de gravidade do Direito Administrativo”. De fato, a crise da tradicional dogmática do ato administrativo deu lugar a um processo de *revalorização do procedimento* (fomentado especialmente pelas doutrinas italiana e germânica), cujo principal propósito é o de afirmar suas *novas funções*, destacadas pelas nuances próprias da ação administrativa infra-estrutural (FABER). Nesta nova dimensão da atividade administrativa, o ato administrativo deixa de ser apenas uma forma de atuação *concreta*, particular, produzindo efeitos a uma *multiplicidade de sujeitos*, pondo-se a serviço de uma *relação jurídico-administrativa multilateral*. “Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel Bilancio di Dieci Anni di Giurisprudenza”, in ALLEGRETTI/BATTAGLINI/SORACE. *Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel Bilancio di un Decennio di Giurisprudenza* T. II. Maggioli Editore, 1987, p. 967. *Verwaltungsrecht*, 3ª. ed., J. C. B. Mohr, Tuebingen, p. 31 e 337. *Apud* PAREJO ALFONFO, Luciano. “Introducción: El surgimiento, Desarrollo y Consolidación Del Derecho Administrativo” in PAREJO ALFONFO, Luciano / JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio / ORTEGA ALVAREZ, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª. ed. Barcelona: Ariel, 1998, p. 29. VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. “O procedimento administrativo e a função regulatória de serviços públicos no Estado pós-social”, in *Revista de direito constitucional e administrativo* n° 07. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

²¹ A expressão “direito privado administrativo” é utilizada no trabalho para retratar um movimento de oxigenação das vinculações jurídico-públicas pela penetração de técnicas jurídico-privadas de ação e organização da Administração. Mas é claro que essa expressão “Direito Privado Administrativo” tem um significado histórico algo distinto. Ela remonta ao cenário alemão da década de 1950, usada por WOLFF para explicar o recurso da Administração Pública a formas de direito privado para prosseguir fins de interesse público, no âmbito de uma “atividade fiscal”. E surge historicamente como uma resposta à concepção vigente naquele tempo de que a Administração fiscal (*Fiskus*) exercia uma autonomia privada, equivalente à dos particulares – escapando às regras e princípios do direito público. Com a Administração de prestação essa concepção foi-se modificando, a partir sobretudo da contribuição de FORSTHOFF. Foi neste contexto que surgiu na década de 50 do século passado a Teoria do Direito Privado da Administração. Ver SÉRVULO CORREIA. J. M. *Legalidade e Autonomia dos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 388 e ss. ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 122.

e da oposição, e a partir da emergência dos novos paradigmas da consensualidade²², da complexidade e da fusão de interesses (público e privado).

Com CASSESE, é possível experimentar-se a ascendência de um novo paradigma, batizado pelo jurista de *arena pubblica*, como um espaço social no qual se desenvolvem diálogo e conflitos e que serve para a transferência das demandas sociais ao corpo público. Sob este paradigma, não se prejudgam as posições dos sujeitos que o operam (Estado acima, cidadãos abaixo, segundo o paradigma tradicional); não se vincula o atuar dos sujeitos a um tipo (como aquele da discricionariedade, válido para a administração pública, e da liberdade, aplicável ao privado, segundo o paradigma tradicional); e “permite-se, ao contrário, a *intercambiabilidade* das regras, a modificação das relações, o comércio da regra e dos princípios ordenadores”²³.

O recurso ao sistema de *parcerias* marca o estágio presente deste relacionamento entre setor público e privado. Aparece como produto de uma lógica de cooperação, sucedendo a lógica da substituição. Refere-se à PPP como “um instrumento para a sucessão de uma “lógica da substituição” (exclusão setorial entre o público e o privado, com fronteiras rígidas, relações de subordinação e antagonismos) por uma “lógica da cooperação” (coabitação dos setores público e privado, com fronteiras difusas, relações de coordenação e mistura de propósitos)”.²⁴

Na visão de CASSESE, o binômio Estado-cidadão é superado por um complexo de relações mais ricas em sujeitos e menos fundadas na contraposição, e, por outro, o velho modelo legal-racional dos poderes públicos é substituído por um modo de agir público similar ao privado: “Se tradicionalmente Estado e mercado,

²² GUSTAVO H. JUSTINO DE OLIVEIRA pondera que “A expansão do consensualismo na Administração pública vem acarretando a restrição de medidas de cunho unilateral e impositivo a determinadas áreas da ação administrativa. Isso provoca o florescimento da denominada Administração consensual, que passa a ser orientada pela lógica da autoridade permanentemente flexionada pela lógica do consenso” “Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parceria Público-Privada”. In *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: RT, 2005, p. 104.

²³ CASSESE, Sabino. *La Crisi dello Stato*. Roma: Laterza, 2002, p. 81.

²⁴ BOCKMANN MOREIRA, Egon. “A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova Lei de Parcerias Público-Privadas”, in *Parceria público-privada* (coord. CARLOS ARI SUNDFELD). São Paulo: Malheiros; 2005, p. 116.

Nestes termos é que DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO considera o modelo das parcerias público-privadas como a aplicação do conceito ampliado de *consenso* e da conseqüente abertura para novas técnicas para a realização de obras e de serviços de interesse público “Mutações nos serviços públicos”, in *Direito Público (estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari)*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 231

como modelos de ação, foram contrapostos, se vê aqui, ao invés, uma assimilação por parte do primeiro, de módulos próprios do segundo²⁵.

Há, então, no paradigma da consensualidade, o afinamento das relações entre Estado e mercado, o que se revela inclusive na incursão do Estado como um agente que se vale do mercado para o exercício de opções negociais. E o contrato se re-valoriza, aqui, como uma técnica de diálogo negocial com o mercado, na busca por soluções mais econômicas e eficientes à Administração.

Neste contexto, emergem, no micro-cosmos do direito administrativo, os paradigmas da *eficiência* e da *administração de resultados*.

A *eficiência jurídica* vem definida não pura e restritamente com uma tonalidade econômica (eficiência econômica), mas se projeta como uma eficiência *socioeconômica*, de conteúdo mais amplo. Um conceito híbrido – diz DIOGO FIGUEIREDO – “que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade e o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedades, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes”²⁶.

O conceito de um Estado juridicamente eficiente há de exigir também uma Administração que não só se desenvolva legitimada pela obediência (ritualística) contida aos meios e técnicas lhe disponibilizadas pelo direito, mas a partir, sobretudo, do atingimento dos resultados e dos fins prescritos pelo Direito. Há de acolher, no âmbito de uma leitura funcionalista das técnicas instrumentais do direito, a aplicação da *legalidade finalista*, para sustentar também a dimensão finalística do resultado, referindo-se a resultado legítimo e eficientes, “e não apenas a processos

²⁵ *La Crisi...*, p. 82. CASSESE examina os aspectos desses paradigmas a partir de quatro casos (i – dos procedimentos-acordos e da negociabilidade entre os poderes públicos no caso das obras de transporte ferroviário de alta velocidade; ii – das medidas comunitárias corretivas para as telecomunicações; iii e iv – busca do direito mais favorável no âmbito comunitário), e assinala que “Questi cambiamenti non possono, però, essere interamente compresi se ci ferma al solo piano normativo. Per esaminarli, bisogna spostarsi anche a quello concreto, di attuazione delle norme”.

Mais adiante, referindo-se à *mercattizzazione dei poteri pubblici* – a propósito de certas práticas adotadas no caso específico de obras ferroviária de alta velocidade –, diz o jurista que os poderes públicos não têm atuado segundo a planificação legal, mas com técnicas e métodos análogas àqueles próprios de mercado, no qual as várias partes trocam bens: “os interesses públicos não são regulados desde o exterior ou bem planificados pela lei, mas negociados em sede contratual, em atividades, paralelas ou seqüenciais, que respondem à lógica da troca, e não àquela do atuar legal-racional, planificado, regulado *ex ante*”. *La Crisi...*, p. 98

²⁶ *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, p. 103.

administrativos legítimos e eficientes e, muito menos e ainda mais remotamente, a atos administrativos singulares legítimos e eficientes”²⁷.

Debaixo de todo esse panorama é que deve ser compreendida a nova dogmática do contrato administrativo. E as parcerias público-privadas são fruto desta nova era.

A alusão a este conjunto de tendências não retrata apenas uma proposta científica para a teoria do direito do contrato administrativo. Retrata o reconhecimento de novos âmbitos de referência que surgem embalados pela dinâmica dos fatos e pela alteração das concepções que subjazem ao Direito e às instituições. Os novos paradigmas refletem a mudança evolutiva do Direito. Um dos ingredientes que informam a interpretação da Constituição está na própria alteração formal do Direito (como um todo), que dialogicamente influi no processo de sua interpretação evolutiva. Refiro-me aqui não só à alteração formal da Constituição como da própria lei. Talvez se pudesse aqui aludir àquilo que se chamou de *interpretação da constituição conforme as leis* (*gesetzeskonform Verfassungsinterpretation*) – expressão de LEISNER -, como o reconhecimento de que o problema da concretização da Constituição poderia ser auxiliado pelo recurso a leis ordinárias: “nestas leis encontraríamos, algumas vezes, sugestões para a interpretação das fórmulas condensadas e indeterminadas, utilizadas nos textos constitucionais”²⁸.

Ou seja: as diversas mudanças no Direito formal que ocorreram e vêm ocorrendo desde a gestação da Constituição de 1988 – consideradas as dezenas de emendas constitucionais e a edição de importantes leis regulativas de temas de interesse nacional no âmbito da gestão administrativa – configuram elemento a informar a interpretação evolutiva do direito e da Constituição (inclusive daquela de cariz principiológico), a qual sinaliza para a emergência dos paradigmas referidos acima. Assim, o processo de desestatização, o advento do modelo regulador de Estado, a preferência pela terceirização, o modelo gerencial etc. são aspectos da alteração histórica do Direito brasileiro dos últimos anos que devem ser considerados na leitura hermenêutica da Constituição, na construção dos modelos

²⁷ *Quatro Paradigmas...*, p. 136.

²⁸ CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1234.

de referência que auxiliam o intérprete na aplicação do texto constitucional aos casos concretos.

A velha teoria do contrato administrativo necessita ser contrastada com estes novos âmbitos de referência, reconstruindo-se a partir das novas necessidades administrativas encampadas pelo Direito.

No propósito de contribuir à identificação de certos fragmentos da nova dogmática do contrato administrativo – a servir ao acolhimento da PPP –, torna-se relevante fixar uma idéia prévia: a do Estado agindo (também) sob uma racionalidade econômica e como um ator econômico. Neste domínio, será o contrato um instrumento à *racionalidade econômica do Estado*, que deve gerir eficientemente recursos, a partir do manejo das técnicas jurídicas (jurídico-econômicas) que o direito lhe disponibiliza, no objetivo de alcançar os fins constitucionais que lhe são afetados. Essa abordagem envolve uma brevíssima digressão sobre a racionalidade econômica do Estado, seguida de uma (também breve) exposição sobre alguns pontos de contato entre o Direito e a economia no plano da disciplina (jurídica) do contrato administrativo.

4. O ESTADO E A ECONOMIA: A COMPREENSÃO DE UMA RACIONALIDADE ECONÔMICA DO ESTADO

A cada passo que se dá em direção ao futuro, cresce a importância da economia. E ela é transcendental. Os bens, todos eles, mais cedo ou mais tarde, serão escassos. Economizar hoje pode ser então uma proposta de solidariedade com as gerações do amanhã. Num futuro próximo, experimentaremos, não há dúvida, rapidamente a escassez de certos bens essenciais à vida em comunidade. Aos Estados cabe, pois, a partir da invocação de uma responsabilidade transgeracional, a busca pela implementação de projetos voltados prospectivamente à racionalização dos bens necessários à sobrevivência da sociedade.

Mas a escassez não é só o prenúncio do amanhã. A vida em coletividade, instrumentalizada também pela realização e desenvolvimento do Estado, já se depara com as dificuldades da escassez dos meios, que se ergue do objetivo republicano de promover o bem-comum, expandindo-se benefícios, garantias e direitos universalmente a toda sociedade. O imenso catálogo de direitos sociais e

fundamentais, inscritos na constituição, que devem ser perseguidos e assegurados pelo Estado, é dependente de meios à sua materialização social e individual. É dependente, sobretudo, de recursos suficientes à sua promoção. Tais meios e recursos são lamentavelmente escassos, o que exige a sua adequada gestão e administração com vistas ao seu melhor aproveitamento. Ao Estado impõe-se sempre, então, a racionalização dos meios com vistas à amplificação dos resultados buscados. Cabe a ele – o que é até intuitivo – a gestão *econômica* dos escassos recursos que arrecada na promoção dos direitos e fins constitucionais.

A afirmação desta faceta instrumental do alcance dos fins constitucionais propõe o reconhecimento de uma dimensão econômica do Estado. Ou seja: os Estados, cada vez mais, atuam no objetivo do crescimento patrimonial e produtivo dos países, com vistas a incrementar sua receita (pública e privada), gerando-se, com investimentos, desenvolvimento (não só econômico, mas, sobretudo, social, cultural, educacional etc). Nesta missão, atuam *instrumentalmente* como agentes econômicos, arrecadando, investindo e colhendo resultados econômicos. Quanto melhor seja essa gestão, mais economia se gera, menos recursos são desperdiçados, alcançando-se assim a ampliação dos benefícios sociais.

Os misteres mais elementares da República brasileira, como a erradicação da pobreza e a promoção do desenvolvimento nacional, reivindicam, então, uma escolha racionalizada dos meios jurídico-econômicos aptos a instrumentar a sua realização. O Direito Administrativo e o Direito Financeiro, como campos regulatórios voltados à disciplina da atividade administrativa, oferecem técnicas e instrumentos jurídicos²⁹ hábeis ao manejo dos recursos e bens públicos. O contrato, neste contexto, para além de uma mera forma jurídica de proceder, afigura-se uma técnica instrumental vocacionada à realização e facilitação de operações econômicas. Compreendido na teleologia de sua instrumentalidade, o contrato será um poderoso instrumento para a facilitação da circulação de riquezas a partir de configurações que lhe tornem econômico e eficiente.

²⁹ Como já afirmou JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, “as atividades instrumentais ou adjetivas atuam como um instrumento ou meio para a execução dessas outras atividades substantivas do Estado, que visam diretamente a satisfação de certas necessidades sociais, tais como educação, saúde, construção de obras públicas, estradas etc. (atividades-fim)”. *Introdução ao direito financeiro*. São Paulo: Max Limonad. 1998, p. 39.

No terreno, portanto, das atividades instrumentais e contratuais, o Estado (ou a Administração) faz uso de uma *racionalidade econômica*, operativa da gestão de meios dedicados ao alcance de certos fins. Estas técnicas jurídicas, como o contrato, configuram a interface entre direito e economia. Ao jurisdicionalizar o contrato, o ordenamento absorve o conhecimento econômico, a ele se reportando na medida da necessidade de interpretá-lo (o contrato). A compreensão da finalidade econômica que subjaz a todas estas técnicas é demandada na sua interpretação aos casos concretos, interferindo o conhecimento econômico na apreensão do conteúdo jurídico dos institutos (que já incorpora o conhecimento econômico).

5. A ECONOMIA E O DIREITO: POR UMA HERMENÊUTICA FUNCIONALISTA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Não é possível, então, prescindir do conhecimento econômico na interpretação do Direito do Contrato Administrativo. E não se trata aqui de supor, de um ponto de vista do sistema jurídico, mera interdisciplinariedade com o sistema econômico, mas de admitir que o sistema jurídico absorve o conhecimento econômico na medida em que regula aspectos da vida administrativa implicada com os fenômenos econômicos. Isso acarreta a invasão do conhecimento econômico no universo da hermenêutica³⁰.

A norma jurídica oferece uma necessária abertura dialógica com o sistema econômico no objetivo de produzir a regulação a um campo temático dependente daquele conhecimento. Neste domínio, o sistema econômico poderá oferecer não apenas diretrizes *normativas (econômicas)*, mas análises econômicas da própria regulação (o que poderá demandar o esforço das vertentes associadas à *law and economics*), retro-alimentando o sistema jurídico a partir destes aportes.

Assim, por exemplo, a explosão dos custos transacionais nas contratações administrativas, gerada também por uma hermenêutica ampliadora do exercício de prerrogativas unilaterais e de efeito auto-executório de invalidação do contrato administrativo, capturada pelas lentes de uma análise econômica da prática

³⁰ Para um exame sobre a Governança e o Direito, enfrentando-se as interferências da prática da governança na ordem jurídica, ver CHEVALLIER, Jacques. "A Governança e o Direito", *In Revista de Direito Público da Economia* n. 12. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 129 e ss.

contratual administrativa pode ensejar a tendência (hermenêutica) em se restringir o cabimento destes poderes especiais. Sem que o conhecimento econômico infirme a letra da norma, poderá funcionar, no terreno dos contratos administrativos, como um suporte à afirmação de posturas hermenêuticas teleológicas, que prezam a *função* do contrato como técnica jurídico-econômica.

Neste âmbito, o contrato pode ser visto como uma interface entre o direito e a economia. Lembro aqui as duas posições referidas por ROPPO a propósito do contrato: o contrato como operação-econômica e como conceito-jurídico, para reconhecer que a formalização jurídica do contrato “nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível”³¹.

Isso é aparentemente óbvio. Mas por vezes os juristas vêm-se esquecidos da função própria e *econômica* do contrato, que é, de resto, capturada e matizada pelo direito. Visto pelo prisma econômico (e numa concepção lata), o contrato será um *facilitador* da “circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou “governança”) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses”³². E o Direito dos Contratos há de compreender os misteres de sua existência, sensibilizando-se quanto à sua racionalidade econômica (que se desenvolve empiricamente também a partir de uma lógica de incentivo própria dos mercados) para melhor explorar a sua potencialidade em gerar efeitos econômicos eficientes às partes envolvidas³³.

A assimilação da *função* econômica do contrato deve favorecer a *interpretação teleológica e funcionalista* do contrato administrativo, sempre

³¹ *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 9.

³² ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 18.

³³ É claro que o direito do contrato não se erige exclusivamente como uma veste jurídica à sua função econômica. Tem também uma função em constranger as operações econômicas, limitando-as e condicionando-as a certos objetivos fixados pelo legislador. Disse ROPPO que “o direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação econômica de um véu legal de per si não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal, mas, amiúde, tende a incidir sobre as operações econômicas (ou até sobre a sua dinâmica complexiva), de modo a determiná-las e orientá-las segundo objetivos que bem se podem apelidar de político *lato sensu*. *Contrato*, p. 23. No entanto, o que afirmo a propósito da abertura do direito do contrato administrativo à dinâmica econômica dos contratos relaciona-se aos excessos de regulação que incidem sobre a sua disciplina (do contrato administrativo) comparativamente à disciplina dos contratos (de direito privado). Excessos esses que decorrem adversamente da regulação *jurídico-pública* que o informa.

buscando, na sua vocação instrumental, resultados eficientes. Determinadas regras secundárias que constituem o regime jurídico do contrato devem ser lidas à luz de sua funcionalidade, de sua teleologia própria. Esta visão hermenêutica do contrato se põe sob uma teoria que se poderia dizer *funcionalista* do direito público. Lembre-se, com DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que “um estado funcionalmente eficiente demanda um Direito Público que privilegie, por sua vez, a funcionalidade. Um Direito Público orientado por uma teoria funcional da eficiência. Para construí-la, o importante não é mais o ritualismo do ato administrativo, do contrato administrativo, do ato administrativo complexo, nem do processo administrativo e, nem mesmo, mais recente, o do complexo de processos administrativos, que conforma políticas públicas, planejadas e em execução, mas, o que, afinal, é a todos comum: o resultado eficiente que de cada um deles se espera”³⁴.

É claro que não se advoga aqui, com a proposta de uma hermenêutica funcionalista do contrato, a dissolução da força normativa do direito em ponderações de natureza econômica. Essa hipótese importaria a destruição dos alicerces do sistema jurídico, que se edifica sobre um postulado de segurança jurídica. Ademais, há valores prezados pelo direito que são descoincidentes em certos aspectos da vertente normativa da economia – e o direito é também *regulação* da economia e da vocação puramente econômica de certas técnicas de relacionamento social (como o contrato). O que se afirma é que o *Direito dos Contratos*, dadas suas peculiaridades, constitui um universo hermenêutico propício a receber o influxo do conhecimento econômico – orientando a interpretação finalística, por funcionar como uma técnica de realização de operações econômicas extremamente sensível à mecânica dos incentivos.

5.1 O CONTRATO E OS MERCADOS

O contrato, portanto, há de ser recepcionado na atualidade pelo Direito Administrativo como uma técnica econômica, que permite à Administração Pública o alcance de *negócios* administrativos em parceria e cooperação com a iniciativa privada. Deve ele fluir, tanto quanto possível, de uma prática negociada, ainda que se lhe associem vinculações procedimentais e substanciais à sua formação. Alude-

³⁴ *Quatro Paradigmas...*, p. 110.

se aqui ao caráter de *negociabilidade* do contrato para referir não só à abertura procedimental dos processos formativos aos interessados – e, inclusive, aos mercados interessados na parcerização com a Administração -, como à sensibilização da Administração ao funcionamento econômico dos mercados-parceiros, o que lhe permitirá preencher o conteúdo de estipulação do contrato a partir também da compreensão das lógicas prevalentes na racionalidade mercadológica.

É necessário, então, introjetar na dogmática do contrato administrativo a sua suscetibilidade ao mercado. Essa afirmação parte do reconhecimento de que os contratos são, também, instrumento dos mercados. Um contrato administrativo não será menos suscetível ao mercado por ser um contrato firmado pela Administração Pública. Historicamente, o contrato administrativo foi visualizado num plano unidimensional, como se fora apenas uma técnica de ação administrativa (insensível aos ensejos do mercado, visto aqui como um feixe de contratos). Estudava-se e compreendia-se o contrato, no plano da dogmática do direito do contrato administrativo, a partir da visão das *teorias de formas de ação administrativa*; nunca se o admitiu como uma técnica vocacionada à consensualidade, à bilateralidade, apta à produção de efeitos econômicos, e cujo desenho eficiente pode depender da disposição da *outra parte*, de como ela se move em razão dos incentivos que tem para acudir ao contrato e executá-lo eficientemente. Isso resultou em erigir uma hermenêutica insuficiente a compreender toda a extensão do contrato como técnica jurídico-econômica.

Retomo aqui o exemplo dos instrumentos contratuais de estímulo à eficiência, que sempre foram hostilizados pela praxe administrativa – e visto com desconfiança pelas instâncias de controle. Uma hermenêutica formalista acerca de certos requisitos legais exigíveis ao contrato administrativo – como a exigência de valor certo do contrato - impediu historicamente o desenho de contratos *ad exitum* ou pelo regime de remuneração por produtividade. Não é incomum deparar-se com orientações, por vezes veiculadas pelos órgãos de controle, acerca da inviabilidade jurídica em se configurar contrato por remuneração sob desempenho debaixo do regime dos contratos administrativos gerais – Lei n. 8666/93. A letra da lei não o impede. Exegeses restritivas e formalistas, entretanto, apoiada em concepções passadas de um direito administrativo unilateral, viam óbice jurídico à hipótese. Em

muitos casos, porém, a remuneração *ad exitum* pode configurar uma solução economicamente mais interessante à própria Administração.

Outro exemplo que poderia ser lembrado, ainda a propósito dos instrumentos de estímulo da eficiência, está no alcance do recurso às receitas alternativas nas concessões de serviços públicos (art. 11 da Lei n. 8987/95). Se integradas fontes de receitas complementares após o advento da licitação, dificilmente os hermeneutas convencionalistas admitiriam a partilha dos resultados auferidos com o negócio associado, entre concessionário e usuários, pela exigência de que o mecanismo esteja rigorosamente comprometido com a modicidade tarifária (porque assim o endereça a Lei Geral de Concessões). Mas essa visão ignora que a partilha dos benefícios poderá, apoiada no estímulo do concessionário na busca de perceber o resultado que lhe cabe, carrear melhores resultados à modicidade tarifária.

Fato é que esta visão impediu a compreensão da bilateralidade do contrato, que funciona no entrecruzamento de interesses e propósitos e se realiza a partir da mecânica dos incentivos.

Deve-se lembrar que as parcerias público-privadas surgem no ordenamento jurídico-positivo brasileiro como um instrumento afetado a fins precipuamente econômicos; desenha-se a figura de necessidades econômicas do Estado. Com razão, apanha ANGELA CÁSSIA COSTALDELLO que o componente econômico acaba por se tornar definidor de figuras como a parceria público-privada: de um lado, o Poder Público, desprovido de recursos (argumento onipresente – nem sempre verdadeiro – ao longo da história dos Estados) – deve atender a necessidades da sociedade e vê-se (eternamente) sem condições de fazê-lo. De outro, há o particular, o capital privado que tem, potencialmente, a condição que falta ao Estado, ou seja, os recursos para satisfazer ao interesse público que àquele foi atribuído, atingindo as finalidades com eficiência³⁵.

5.2 O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DO DESENVOLVIMENTO: AS PPPS

³⁵ “A Propriedade Privada, o Urbanismo e as Parcerias Público-Privadas: Transformações e Perspectivas”, *In Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho* (Coord. Edgar Guimarães). Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 113. A observação da autora veio à luz ainda antes da edição da Lei n. 11079/2004, mas já ao tempo em que tramitava o projeto legislativo que originou o conteúdo (em traços gerais) da Lei Geral de PPP.

COMO CONTRATOS DESENVOLVIMENTISTAS DE SEGUNDA GERAÇÃO

O contrato administrativo é também concebido como um instrumento para o *desenvolvimento*. Em tempos de consensualismo e parcerias, a via do contrato pode ser uma técnica apta a traduzir, acessoriamente, políticas desenvolvimentistas.

As tradicionais concessões de serviços (e obras) públicos são apontadas como clássicos contratos desenvolvimentistas: elas se prestaram, como se prestam, a instrumentar a expansão e recuperação da infra-estrutura pública nacional, criando condições para o desenvolvimento do país. Sua feição desenvolvimentista oscilou ao longo da história, ora assumindo uma conotação fraca, ora assumindo uma conotação forte. No seu primeiro ciclo – entre meados do século XIX e a década de 1930 (adotando-se uma divisão proposta por CARLOS ARI SUNDFELD³⁶) –, funcionaram como instrumento para a expansão da infra-estrutura pública pela atração de capital privado, num período de carência de recursos técnicos e capital necessário a viabilizar projetos estruturantes. Adormecidas como técnica contratual propriamente dita a partir dos anos 30 até os idos dos anos 90 do século XX, num estágio caracterizado pela intervenção direta do Estado na economia – em que predominaram as chamadas concessões impóprias, delegadas a entes da Administração indireta –, foram retomadas, já num terceiro ciclo, marcado pela edição da Lei Geral de Concessões (Lei n. 8987/95). A partir daí, seu figurino foi acolhido historicamente mais como uma via para *desestatização* de certas tarefas – resurgidas no olho de uma série de reformas estruturais do Estado – do que como um instrumento para a superação de problemas de infra-estrutura. Modernamente, quando seria possível reconhecer um quarto momento na era das concessões brasileiras, agora sim marcado por forte tendência desenvolvimentista, surgem, como uma evolução ao modelo concessório, as parcerias público-privadas.

O advento das PPPs inaugura, pois, um modelo contratual que se poderia batizar de *desenvolvimentista de segunda geração*. Trata-se de um modelo-referência concessório que pressupõe, numa lógica cooperativa entre setor público e setor privado, a atração de capital privado para a execução de projetos

³⁶ Esquematização proposta em Seminário sobre PPP havido em Belo Horizonte, em 23/11/2005, organizado pela Unidade de PPP do Governo do Estado de Minas Gerais. Conforme referido por RIBEIRO, Maurício Portugal. Prado, LUCAS Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

estruturantes. Diversamente das concessões, nas PPPs há participação do Estado como *parceiro*, que se obriga a certas contraprestações, sem as quais o empreendimento não é economicamente viável. A partir de um propósito de atração da participação financeira do mercado para parcerizar-se na execução de projetos estruturantes não auto-sustentáveis com o setor público é que se concebeu o modelo da PPP.

Há, assim, uma nítida função desenvolvimentista na PPP, que se retrata, sobretudo, no modo como foi configurada normativamente. Tal como se revela da construção de seu regime jurídico, há condicionantes que se justificam no propósito de fortalecer a segurança jurídica (e institucional) do contrato, reduzindo riscos e favorecendo um ambiente seguro para o florescimento de relações jurídicas de longo prazo e que suponham expressivos investimentos pelo capital privado. Tudo no objetivo de propiciar a superação de problemas estruturantes no país, mirando-se o desenvolvimento.

Assim considerada, a PPP serve a uma *política desenvolvimentista*, que cumpre, de resto, uma diretriz constitucional inscrita no inciso II do art. 3º da Constituição.

Visto o *princípio constitucional do desenvolvimento* sob o ângulo de seus efeitos produzidos internamente à gestão administrativa (ângulo que interessa a esta abordagem), tem-se que o seu conteúdo orienta a Administração a adotar técnicas de *diagnóstico* e *planificação* no objetivo da implementação de ações políticas e econômicas (à luz do direito) voltadas ao crescimento socioeconômico do país. No dizer de DROMI, o desenvolvimento envolve a adoção presente de certos *meios* com vistas ao crescimento social, como os *fins* do amanhã³⁷. Num sentido mais técnico, liga-se diretamente à *planificação*, considerada “uma nova modalidade de atuação administrativa e que supera ou engloba as tradicionais atividades de polícia, estímulos positivos e serviços públicos. O Estado diagnostica sua situação sócio-econômica e, a partir desse estudo, fixa o ponto de partida e as providências que deverão ser tomadas, delimitando os objetivos e ações a realizar durante determinado período de tempo” (LOPEZ QUEIROZ e BATISTA DOS SANTOS)³⁸.

³⁷ *Derecho Administrativo*. 5ª. Ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 26.

³⁸ “O Setor Público”, *In Curso de Direito Administrativo Econômico*, vol I., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 190.

No contexto de políticas desenvolvimentistas e no âmbito da atividade de prospecção, as parcerias público-privadas devem ser compreendidas, pois, como um modelo que incorpora os deveres de planificação, de organização, da gestão (fiscal e administrativa) responsável, tudo com vistas a instrumentar a rota desenvolvimentista, promovendo, a partir do incremento da infra-estrutura, *mediatamente*, a expansão produtiva do Estado e o *desenvolvimento* em seus diversos aspectos e fins.

Muito além de uma técnica de gestão de obras e serviços ordinários administrativos, consiste a PPP num instrumento jurídico diretamente afetado ao fim constitucional do desenvolvimento. Sua funcionalidade, então, como técnica desenvolvimentista lhe justifica um tratamento jurídico peculiar, diferenciado de outros modelos contratuais, prevendo-se formas de garantias ao parceiro privado, fixação de um regime garante aos financiadores do projeto, prazos alongados etc. Todas estas peculiaridades³⁹ de seu regime jurídico legitimam-se plenamente na finalidade de alcançar *mediatamente* o *desenvolvimento*.

³⁹ É relevante destacar essa faceta desenvolvimentista da PPP (revelando-se também como um instrumento de política), pois lhe adjudica um status jurídico que desautoriza certas oposições interpretativas a aspectos nucleares de seu tratamento jurídico fundadas numa suposta infração à isonomia e numa ilegitimidade de benefícios jurídicos assegurados aos parceiros privados. A sua vocação à materialização de políticas desenvolvimentistas, como um *plus* ao status meramente contratual (ordinário) do modelo, atribui às PPPs distinção suficiente a justificar-lhe um tratamento jurídico especial (comparativamente a outros modelos de contrato administrativo), que se constrói também a partir do objetivo de favorecer a *eficiência*, a *economia* e a *estabilidade* em relações de longo alcance e que revestem complexas interações subjetivas.

PARTE II

A CARACTERIZAÇÃO DOS TIPOS CONCESSÓRIOS

CAPÍTULO I

AS PPPS E O MODELO CONCESSÓRIO

1. INTRODUÇÃO

As parcerias público-privadas constituem-se em novas modalidades de contrato administrativos introduzidas no ordenamento jurídico-positivo brasileiro. Sua novidade carrega para o cientista a difícil tarefa em decifrar suas notas fundamentais, num esforço de acomodação do instituto no seio do regime jurídico da contratação administrativa. Essa inserção, interativa com o modo como se organiza aquele regime jurídico, produz efeitos diretos na modulação normativa de institutos aparentados, como se verifica a propósito da concessão comum de serviços públicos. Neste domínio, a PPP, que já nasce como sub-gênero concessório, ao mesmo tempo que importa às suas espécies um tratamento jurídico base próprio da concessão comum, lhe modifica em um sem-número de aspectos. Além disso, o regime das PPPs incorpora também a disciplina central dos contratos administrativos gerais tratados pela Lei n.º 8666/93 (ainda que dela esteja singularizada), apresentando-se como um modelo genuinamente referenciado por outras matrizes contratuais.

Esse modo como foi estruturado normativamente a PPP não destoia da tradição legislativa brasileira, marcada pelo freqüente recurso ao realinhamento de institutos novos em categorias já existentes no ordenamento. A consideração desta peculiaridade propõe a escolha de técnicas analíticas que com ela se harmonizem. Mais do que isso, propõe o encontro de métodos que pressuponham rigor lingüístico na análise das situações reguladas abstratamente pelo direito. Para tanto, pretende-se, aqui, recorrer a um método de descrição (e construção) que poderia dizer-se *analítico*, que funciona a partir da decomposição do instituto em elementos estruturais, buscando-se logicamente classificações e sistematizações decorrentes. Pretende-se investigar o percurso analítico em direção à matriz jurídica dos institutos no propósito de encontrar certas zonas de tratamento comum, facilitando assim a descoberta de seu regime jurídico singular.

Essa técnica, que usa de análises fundadas também num esforço de *definição* dos fenômenos jurídicos, deve vir acompanhada de algumas ressalvas fundamentais. Especialmente daquelas que alertam o cientista para que, no terreno das definições, tenha claras as distinções entre definições meramente operativas e

manipuladas no discurso da ciência do direito e outras de cunho prescritivo, sacadas do ordenamento jurídico-positivo, evitando-se disputas teóricas cujo centro da divergência esteja mais nos pressupostos do que nas questões de fundo versadas. Estas ressalvas relacionam-se à chamada filosofia analítica, encampada pelo viés positivista (pela escola do positivismo lógico). Mas o recurso, aqui, a técnicas de análise já prestigiadas pelo positivismo lógico não importa filiação automática a esta escola. Trata-se apenas de buscar uma técnica analítica útil e ajustada (como me parece) à descrição do instituto da PPP.

2. BREVE NOTA SOBRE TAXONOMIA: A BUSCA PELA NATUREZA JURÍDICA DOS INSTITUTOS

As proposições analíticas pressupõem muitas vezes um exercício de classificação dos fenômenos de molde a facilitar a sua compreensão. Parte-se do reconhecimento de que os objetos manifestam certas propriedades, certos atributos. O exercício de classificação importa a organização e ordenação de objetos dotados de atributos comuns em *nomes gerais*, sendo que um *nome geral* denota uma classe de objetos que apresentam um mesmo atributo. Logo, o nome geral constitui-se de atributos, caracterizando-se, em potencial, como nome de um número indefinido de objetos.⁴⁰

Esta ordenação de objetos a partir da identificação de atributos comuns pode realizar-se por critérios diversos. A conveniência científica ditará a escolha do critério de organização, que se informará por razões de ordem prática e didática.

Assim, o direito, em sua unidade (ou em sua totalidade), pode ser explicado sob diferentes modos de organização do conhecimento. No plano da ciência jurídica, o estudioso do direito manipula classificações para melhor sistematizar e compreender o universo do direito positivo. Separa, primariamente, o direito em “direito público” e “direito privado”, catalogando, a partir daí, sub-grupos, numa prática tendente à singularização dos institutos. A vocação da classificação, enquanto instrumento voltado à descrição do direito, reside na facilitação da compreensão do tratamento jurídico de situações abstratamente concebidas. O

⁴⁰ “Análise ..., p. 293.

cientista recortará no cenário do direito positivo a disciplina jurídica de certos eventos, organizando-os em institutos, agrupando estes em classes gerais⁴¹.

Quando o cientista persegue a *natureza jurídica* de certo instituto, tem por mira o caminho que o conduz ao gênero que alberga a espécie examinada. Busca-se fixar a identidade da raiz de certo instituto. E esta prática tem utilidade nas hipóteses em que o próprio texto normativo concebeu, explícita ou implicitamente, uma classificação, introduzindo uma disciplina jurídica delimitada (um instituto) com identidade numa matriz já conhecida do direito (disciplina jurídica mais abrangente, que, por semelhança quanto às hipóteses reguladas, alcança aquela disciplina delimitada em um universo mais restrito). É neste percurso que, por comparação, o cientista caminha a encontrar a classificação prescrita pelo texto do direito positivo.

Mas seria duvidosa a relevância da prática da investigação da natureza jurídica em muitos casos. Pensar o Direito Positivo (unicamente) a propósito de categorias já existentes impede a absorção plena daquilo que seja de fato algo singular e inédito, amoldando-o forçadamente a categorias já familiarizadas com o pensamento jurídico. Esse viés reprime (artificialmente), em certa medida, a força inovadora do direito. A radicalização desta prática conduziria a reprimir novos conceitos e institutos produzidos pela evolução do direito. Lembre-se a palavra de GENARO CARRIÓ, quando afirmou que a busca por revelar a natureza jurídica dos institutos, perseguindo uma solução única para todos os casos: um critério último de justificação para casos típicos e atípicos traz subjacentemente um desejo de aparentar instituições recentes com outras de linhagem ilustre, “atenuando assim o choque da novidade mediante sua absorção por um mundo familiar de idéias já elaboradas”.⁴² É certo que esse desejo decorre de uma fixação pela idéia artificial de que o “sistema” do ordenamento comportará sempre uma solução de harmonização, que lhe está internalizada⁴³.

⁴¹ Consulte-se “Fundamentos de Direito Público” de CARLOS ARI SUNDFELD. *Fundamentos de Direito Público*. 2.^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 128 e ss.

⁴² *Notas...*, p. 102.

⁴³ Seria oportuno lembrar que muito tempo se gastou, no percurso de evolução dogmática do direito administrativo, tentando-se encontrar critérios mágicos que pudessem unificar toda a sua disciplina. Essa discussão se realizou muito fortemente na França que, durante décadas, experimentou de sua jurisprudência a busca pela identificação do critério que diferenciase, no terreno da atividade desempenhada pela Administração, a gestão pública da gestão privada, com vistas ao endereçamento das questões versantes sobre estes domínios ao tribunal administrativo ou ao tribunal comum. PROSPER WEIL lembra o fracasso desta jornada, reconhecendo não haver razão lógica para afirmar-se que o direito administrativo se organiza em volta de um princípio único. Não há

Observe-se também que, na tarefa taxonômica, o exercício de busca pela natureza jurídica deverá nortear-se por um critério de utilidade. Se a invocação da natureza jurídica facilita o exame dos institutos, porque importa alcançar uma disciplina já formatada e conhecida que os compreende, tanto maior será a utilidade deste recurso quanto mais se avance na individualização das espécies. Ou seja: quanto mais se avança em direção à abstração dos fenômenos jurídicos, mais distante se está de seu tratamento jurídico particular; mais longe, portanto, da caracterização de seu regime jurídico próprio e específico. Logo, a utilidade de uma classificação no propósito de definir a natureza jurídica de algo variará à medida que se avança no excesso de conotação dos gêneros-categorias. Definir, por exemplo, que o contrato de parceria público-privada é um *contrato administrativo* apresenta menor utilidade a defini-lo como espécie do gênero *concessão* (definição que envolve conotação mais específica que aquela).

Isso não significa negar a relevância do exame da natureza jurídica tendente à maior abstração possível dentro do universo do direito positivo. Conhecer a matriz primeira dos institutos e os liames que conduzem à identificação da espécie pode ser útil a revelar semelhanças e dissemelhanças com outros institutos etc.

A tarefa de caracterização acerca de um instituto jurídico importa, então, percorrer um caminho analítico tendente ao excesso de conotação. Vai-se do mais para o menos abstrato até se atingir um plano mínimo de abstração a compor o gênero último, a partir do qual qualquer excesso de conotação conformará a singularidade do instituto. É o que se tentará fazer adiante.

3. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA COMO ESPÉCIE DO GÊNERO “CONTRATO ADMINISTRATIVO”

É indubitoso que a PPP tem natureza de *contrato administrativo*. A própria Lei n. 11079/2004 assim a define. Compreender a PPP como *contrato administrativo* pressupõe compreendê-la, antes, como *contrato*, o que já permite diferenciá-la de outras classes de institutos bastante genéricos (da classe dos atos administrativos, dos processos administrativos etc.).

razão para supor que todas as matérias inerentes ao direito administrativo dependessem dos mesmos fundamentos e critérios. Assim também se passa com outros ramos do direito. *Le droit administratif*. 17 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 69 e 70.

Adicionando-se uma primeira conotação sobre o gênero dos “contratos”, tomando-a por “contrato administrativo”, permite-se diferenciá-la de outras avenças submetidas ao regime dos contratos privados (que não apresentam os atributos dos contratos administrativos, sobretudo porque ausente a presença da Administração Pública num dos pólos). A definição presta-se a explicar a atração do regime jurídico base dos contratos da Administração, o que parece restringir-se ao conjunto de seus princípios fundamentais (atributos comuns a todos os contratos administrativos), como a *lex inter partes* e a *pacta sunt servanda*; a boa-fé etc.

Indo além, talvez se pudesse afirmar que essa caracterização (de natureza de contrato administrativo) importa atribuir às PPPs um segundo excesso de conotação relativamente ao gênero dos contratos públicos, distinguindo-as, ainda, dos *contratos jurídico-privados da Administração*. Como *contrato administrativo*, a parceria público-privada estaria sujeita a um regime diverso daquele aplicável a outro grupo de contratos públicos, os contratos privados da Administração, cujo principal traço distintivo residiria na admissibilidade do exercício de prerrogativas administrativas especiais de alteração e rescisão unilateral do contrato pela Administração unicamente nos contratos administrativos.

Vale, nesse passo, aprofundar o exame sobre a dicotomia contrato administrativos x contrato jurídico-privado da Administração.

3.1 CONTRATO ADMINISTRATIVO X CONTRATO JURÍDICO-PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO

Como se sabe, o Direito dos Contratos da Administração Pública no Brasil foi fortemente influenciado pelo Direito francês. Reconhece-se neste país uma espécie de berço de origem da noção de “contrato administrativo”. Ainda que a noção de contrato administrativo tenha variado de sistema para sistema jurídico, não se podendo aludir a um conceito unitário do instituto, pode-se perceber o trânsito de uma teoria geral do contrato administrativo (cuja construção de seus traços gerais se credita a jurisprudência e doutrina francesas) pelos países de tradição continental, como o Brasil.

O enfrentamento da dualidade contrato administrativo x contrato jurídico-privado da Administração demanda breve digressão acerca da construção da teoria do contrato administrativo e sua incursão pelo Direito nacional.

3.1.2 A Teorização Francesa do Contrato Administrativo

Surgida como fruto de um fenômeno de sistematização doutrinária da jurisprudência dos tribunais franceses, a teoria do contrato administrativo, à equivalência de outras instituições de Direito Administrativo, produziu-se pelas decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos francês, despertando na doutrina a necessidade de construção de uma base teórica para a explicação do fenômeno⁴⁴.

Mesmo antes do aparecimento do *critério do serviço público*, quando começa definitivamente a desenvolver-se a idéia de contrato administrativo, a jurisdição administrativo-francesa já era competente para a apreciação de contratos em que a Administração Pública fosse parte (todos eles), devido a um critério orgânico de divisão. Nessa época, vigente a teoria dos *atos de gestão* e dos *atos de autoridade*⁴⁵ como a primeira sistematização do Direito Administrativo, muito embora se considerassem os contratos celebrados pela Administração Pública como *atos de gestão*, remetia-se a sua apreciação jurisdicional ao Conselho de Estado por uma opção pragmática, porquanto os tribunais administrativos, além de mais céleres, estavam mais a par do funcionamento da Administração Pública.⁴⁶

⁴⁴ Um exame sintético sobre a construção da teoria do contrato administrativo pode ser encontrado em VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴⁵ O critério dos atos de gestão e atos de império significou a divisão dos atos emanados da Administração Pública em duas classes: os atos de mera gestão, que respeitavam ao direito privado porquanto a Administração atuava como mero particular; e os atos de *imperium*, em que a Administração, atuando imbuída de autoridade, sujeitava-se a um regime de direito administrativo. Essa teoria foi defendida por autores como BATIE, DUCROQ, AUCOC, LAFERRIÈRE (seu sistematizador) e BARTHÉLÉMY. Foi LAFFERRIÈRE, então vice-presidente do Conselho de Estado, quem fez nascer a sistematização da distinção entre *atos de gestão* e *atos de autoridade*, em período que se segue a partir do famosíssimo aresto *Blanco*, de 8 de fevereiro de 1873 (quando o Tribunal de Conflito francês delegou ao tribunal administrativo a competência para o julgamento do caso *Blanco*). Acrescentam JEAN RIVERO e JEAN WALINE que, ao contrário do que se pensa, não foi a contribuição do aresto Blanco a de fomentar um novo fundamento para a competência administrativa tirado da noção de serviço público; “na realidade, é muito mais tarde que será interpretada nesse sentido a alusão feita pelo aresto Blanco ao serviço público”. *Droit administratif*. 18a. ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 164.

⁴⁶ Conforme MARIA JOÃO ESTORNINHO. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 33.

Não existiam, nesse tempo, diferenças entre o regime jurídico dos contratos celebrados pela Administração Pública (contratos administrativos e contratos privados da Administração), sendo todos os pactos considerados verdadeiros *atos de gestão* da Administração por respeitarem — segundo se entendia — a questões de natureza civil.

O critério *monista* de competência foi substituído por uma dualidade fundada inicialmente ainda em questões de índole pragmática; por força de lei, alguns dos contratos celebrados pela Administração foram submetidos à jurisdição administrativa, quando se entendeu, mediante um critério restritivo que todos os demais contratos haveriam de ser remetidos à jurisdição comum. É nestes termos que exsurge a primeira distinção entre o contrato administrativo e o contrato privado da Administração, ainda que tal não tivesse razões de fundo, substantivas, tendo surgido como consequência de uma opção de jurisdição feita pelo legislador. Não havia sido criada, portanto, uma base de sustentação para a figura do contrato administrativo, eis que a distinção que se vislumbrou entre os contratos celebrados pela Administração Pública tinha relevância apenas no campo processual, “destituída de qualquer importância ao nível material ou substantivo”.⁴⁷

O surgimento, no início do século, do *critério material do serviço público*⁴⁸ como núcleo de sistematização do direito administrativo propiciou um “salto dogmático”⁴⁹ da doutrina na tentativa de construir a *substantividade* da figura. Sob a fundamentação de que a atividade administrativa se diferencia da atividade privada pela prossecução daquela a um serviço público cuja busca pelo interesse geral se faz mediante processos derogatórios de direito comum, devendo submeter-se, assim, à jurisdição administrativa, o *critério do serviço público*, como não poderia deixar de ser, produziu reflexos no campo dos contratos celebrados pela Administração Pública, fomentando a teorização do contrato administrativo. Entendeu-se que aqueles contratos que diziam de perto com o serviço público, instrumentando a organização e o funcionamento dos serviços públicos (em sentido

⁴⁷ ESTORINHO, Maria João. *Requiem...*, p. 34.

⁴⁸ Com efeito, o critério do serviço público não se erigiu senão a partir de arestos de grande importância que, sob o fundamento do serviço público como elemento distintivo das atividades pública e privada, autorizando este a utilizar-se de processos derogatórios do direito comum, uniram a competência administrativa ao serviço público. Ver RIVERO, Jean. *Droit ...*, p. 164

⁴⁹ Expressão de GARCIA DE ENTERRÍA. “La figura del contrato administrativo”, in *Studi in memoria di guido zanobini*, V. 2. Milão: Giuffrè, p. 645.

amplo), haveriam de submeter-se à jurisdição administrativa, caracterizando-se como *contratos administrativos*, enquanto os demais contratos celebrados pela Administração que não tivessem relação como o serviço público seriam classificados como contratos privados, de competência da jurisdição comum.

A partir desse marco é que se inicia o desenvolvimento de uma teorização buscando o critério de distinção dos contratos administrativos e dos contratos de Direito Privado da Administração. A doutrina francesa, acolhendo o critério do serviço público — e já influenciada por este —, cuidou de construir uma base teórica para a explicação do contrato administrativo, singularizando-o, em termos substantivos, do contrato privado da Administração Pública. Há quem sustente⁵⁰ representar tal esforço uma inversão da lógica substantividade-processualidade, porquanto a aludida teorização do contrato administrativo haveria surgido como resposta a uma opção jurisdicional. Vale dizer: a *autonomização* do contrato administrativo deveu-se a uma tentativa de justificação dialética, intentada pela doutrina francesa, a partir da submissão legislativa de determinados contratos à jurisdição administrativa.⁵¹ Este fato, para certos autores,⁵² revela uma verdadeira ausência de direito material do contrato administrativo.

Com a crise do serviço público⁵³ como noção sistematizadora do Direito Administrativo, um outro critério foi acolhido pela doutrina e jurisprudência francesas na tentativa de explicar o instituto do contrato administrativo: o *critério das cláusulas exorbitantes*.⁵⁴ A solução encontrada para a categorização do contrato administrativo estava na presença de cláusulas exorbitantes do direito comum; a introdução de cláusula exorbitante em contrato celebrado pela Administração Pública convertê-lo-

⁵⁰ Nesse sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA. *La figura...*, p. 666. MARTIN-RETORTILLO. “La institución contractual el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, in *Studi in memória di guido zanobini*, V. 2. Milão: Giuffrè, 1965, p. 251. ESTORNINHO, Maria João. *Requiem...*, p. 37.

⁵¹ MARIA JOÃO ESTORNINHO comenta que “é como consequência dessa autonomização processual e recorrendo a título de justificação à prossecução de fins de serviço público, que se foi progressivamente transferindo, para a gestão desses contratos, as técnicas normais de actuação da Administração e, em especial, o seu privilégio de autotutela”. *Requiem...*, p. 37.

⁵² MARTIN-RETORTILLO e GARCIA DE ENTERRÍA. “La institución...”, p. 251.

⁵³ JEAN RIVERO observa que a crise manifesta-se por três vias: a) o desenvolvimento da gestão privada, com a multiplicação dos serviços industriais e comerciais; b) as incertezas sobre a definição do serviço público; c) as hesitações da jurisprudência. *Droit...*, p. 166 a 169.

⁵⁴ Esse critério foi introduzido pelo o *arrêt Société des Granits Porphyroides des Vosges*, de 1921. Antes disso, porém, o *arrêt Terrier*, de 6 de fevereiro de 1903, nas *conclusões Romieu* já havia reconhecido a existência de contratos administrativos em que a Administração, agindo no interesse de um serviço público, se põe na posição de particular, destituindo-se de prerrogativas funcionais públicas

ia em administrativo,⁵⁵ já que, segundo a doutrina dominante na França, “tal circunstância fazia presumir a intenção de acudir ao regime de contrato público e, só residualmente, a jurisprudência apelava ao critério do serviço público, exigindo, em tais casos, que o contratante participasse de forma direta na gestão do serviço público”.⁵⁶ Desta forma, somente nos casos em que se verificava mais intensa relação com o serviço público, executando o contratante diretamente o serviço, os tribunais entendiam dispensável a presença de cláusulas exorbitantes como fator de classificação do contrato.

Mas, o que significavam as tais “cláusulas exorbitantes” como critério definidor do contrato administrativo? Houve quem respondesse como sendo aquelas cláusulas que, se insertas em um contrato privado, qualificar-se-iam como ilícitas (WALINE⁵⁷, RIVERO⁵⁸); houve quem as reputasse apenas como cláusulas não-usuais em contratos civis (VEDEL⁵⁹, LAUBADÈRE⁶⁰). Predominou, pois, o entendimento extensivo, fixando-se a noção de exorbitância como não somente algo ilícito para o direito privado, mas também algo pouco usual.

O recurso à idéia de cláusula exorbitante assentava-se em visão *voluntarista*⁶¹ do contrato, de modo que o fato de as partes contraentes inserirem no âmbito do contrato estipulações exorbitantes significaria a intenção de celebrar um

⁵⁵ Nas palavras de VEDEL e DELVOLLE, “La présence d’ une ou de plusieurs clauses exorbitantes confère au contrat un caractère administratif, même si ce contrat n’a pas de rapport avec le service public”. *Droit administrative*. V. 1. 12^a. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 391.

⁵⁶ CASAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2^a. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 25.

⁵⁷ Em crítica à concepção de VEDEL, MARCEL WALINE propõe o critério da “ordem pública”. Sustentou o jurista que a *cláusula exorbitante* seria aquela que não poderia constar de um contrato privado sem que se produzisse infração a *ordem pública*. *Droit administrative*. 9^a ed., 1963, p. 572.

⁵⁸ RIVERO pontua que “Sont certainement dérogatoires les clauses excédant cette liberté, et dès lors insusceptibles de figurer dans un contrat entre particuliers, comme contraires à l’ordre public”. *Droit...*, p. 122.

⁵⁹ Como anotado por GEORGES VEDEL e PIERRE DELVOLLE, “La question qui se pose est de savoir si la clause exorbitante est une stipulation qui ne se rencontre pas dans les contrats de droit privé parce qu’elle y serait *illicite* ou simplement parce que, en fait, les contractants n’ont pas l’habitude d’y recourir. A la vérité, la plupart des clauses que la jurisprudence retient comme exorbitantes du droit commun ne seraient pas illicites dans un contrat de droit privé, mais y sont insérées en fait, (cf. G. VEDEL, in *Mélanges Mestre*, n^o 23)”. VEDEL, Georges. DELVOLLE, Pierre. *Droit...*, p. 389.

⁶⁰ “La clause exorbitante n’est pas nécessairement une clause qui serait illicite dans les contrats entre particuliers; elle est quelquefois une clause simplement inhabituelle dans ces contrats”, *Traité...* V.1, p. 91.

⁶¹ Conforme LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. V. 1 Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 86 e 87.

contrato administrativo, e daí de submeter a avença à jurisdição administrativa.⁶² A intenção das partes como fator implícito à noção do critério das cláusulas exorbitantes vem afirmada por inúmeras decisões do Tribunal de Conflitos francês.⁶³

De fato, a idéia da cláusula exorbitante como indicador da vontade das partes parece aprisionar o regime jurídico do contrato à estipulação voluntária das partes, donde o juiz estaria adstrito a essa, furtando-se à teleologia do contrato administrativo. Autores como JEAN-MARIE RAINAUD buscaram afastar esse critério, aludindo que a mutabilidade do serviço demanda funções (poderes) irrecusáveis pela Administração, existindo essas fora das cláusulas contratuais.⁶⁴

Aos poucos, o Conselho de Estado francês abandonou a primazia da cláusula exorbitante como critério de classificação do contrato administrativo, retomando a noção de serviço público.⁶⁵ Mesmo sem o seu completo abandono, o critério das cláusulas exorbitantes adquiriu, para fins de classificação do contrato administrativo, um caráter subsidiário.⁶⁶

⁶² Diz FRANCIS-PAUL BENOIT: "Ces clauses révéleraient le libre choix effectué par les parties entre le deux regimes contractuels, leur volonté d'adopter le regime de droit public. Les clauses ne conféraient donc pas par elles-mêmes le caractère administratif au contrat; elles constituaient simplement la preuve de la volonté des parties de choisir le regime de droit public". *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 599.

⁶³ São exemplos as seguintes passagens de decisões do Tribunal de Conflitos francês: "les transports effectués pour le compte de l'État ne peuvent relever... des tribunaux de l'ordre judiciaire que dans le cas où l'administration... a entendu s'adresser au transporteur dans les mêmes conditions que le public en général" (T.C. 7 novembre 1922, Manon, R.D.P. 1923, 433). "qu'à supposer que certaines de ces clauses, Qui ne sont pas dérogatoires au droit commun, puissent être regardées comme nulles et de nul effet em application de la législation des baux commerciaux, il n'em résulte pas que les parties aient entendu se placer em dehors des règles du droit privé pour des motifs tenant à la qualité d'établissement public de l'office, alors que l'intention contraire résulte de l'ensemble des stipulations du contrat (T. C. 2 juin 1975, Salas, Rec. 796). RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 4^a ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004, p. 96.

Observa RICHER que se remeter à intenção das partes a qualificação do contrato administrativo é pôr à disposição delas a própria definição da competência jurisdicional, matéria desde sempre definida por norma de ordem pública. Daí que "uma cláusula atributiva de competência ao juiz judiciário não tem efeito, 'a competência, que é de ordem pública, não depende das partes mas da lei'" (Com. 5 janvier 1953, Gagneux, Bull. III, n.º 3, p. 2; Soc. 23 juillet 1985, Bull. Civ. V, n.º 428; Paris, 30 mai 1964, J.C.P. 1964, II, 13795, concl. Talagrand). De outro lado, e como anota o autor, um contrato pode ser administrativo mesmo que se preveja a sua submissão a um regime de direito privado (ex: T.C. 29 juin 1987, Ficheux, Rec. T. 776). *Droit des contrats...*, p. 96.

⁶⁴ "Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?", in *Revue du Droit Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1985, p. 1190.

⁶⁵ Com efeito, os *arrêts Époux Bertin* e *Société Française de Transports Gondrand*, de 1956, resgataram a noção de serviço público como critério qualificador do contrato administrativo, afirmando o recurso às cláusulas exorbitantes quando a ligação do contrato como serviço público não existisse ou fosse insuficiente.

⁶⁶ Conforme PELLEGRINO, C. R. "Os contratos da administração pública", in *Revista de Direito Administrativo*, n. 179-180, 1990, p. 78.

O progressivo declínio do critério das cláusulas exorbitantes deveu-se, por um lado, às dificuldades da própria tarefa de atribuir “significação” àquelas e, de outro (e até como consequência), à tendência para “substituir a perspectiva inicial de cariz subjectivista pela de um fundamento objectivo”.⁶⁷ Reconheceu-se, portanto, que o carácter exorbitante do contrato poderia advir de fatores exteriores aos contratantes, impondo-se mesmo contra a *vontade* das partes.

O desenvolvimento natural da jurisprudência do Conselho de Estado francês conduziu à aplicação conjugada dos critérios. O renascimento da noção de serviço público como fator de implicação na determinação da qualificação dos contratos públicos produziu uma relativização da aplicação do critério das cláusulas exorbitantes, donde passou-se a admitir uma situação de coexistência entre os critérios. A questão trabalhada pela doutrina, a partir disso, foi a de erigir um sistema de aplicação alternada dos critérios, gerando-se uma disputa por sua hierarquização.

A moderna jurisprudência francesa mantém a coexistência destes critérios para fins de qualificação do contrato administrativo, recorrendo freqüentemente à existência de *cláusula exorbitante*⁶⁸ ou à outorga de *execução de um serviço público*. Tais critérios só não são aplicáveis se um contrato for assim qualificado por lei.

Nos casos em que se aplica o critério das cláusulas exorbitantes, a qualificação do contrato repousa sobre “a constatação de uma incompatibilidade entre uma estipulação do contrato e a representação que o juiz faz das relações normais de direito privado”.⁶⁹ Já quando se usa do critério do serviço público, parte-se da suficiência do laço que une o objeto contratual à noção de serviço público, entendendo-se que “a partir do momento em que o serviço público está suficientemente⁷⁰ implicado, a aplicação de um regime de direito público se

⁶⁷ ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...* p. 94.

⁶⁸ Segundo RICHER, para qualificação de contratos de agentes de serviços públicos (concessões), o critério da cláusula exorbitante é residual, ainda que por vezes seja aplicado. (T. C. 19 avril 1982, 586). *Droit des contrats...*, p. 105.

⁶⁹ RICHER, Laurent. *Droit des contrats...*, p. 89.

⁷⁰ Expõe LAURENT RICHER que o critério do serviço público desdobra-se em quatro modalidades de aplicação: a) a participação na execução de um serviço público; b) o contrato modalidade de execução do serviço público; c) a submissão a um regime exorbitante; d) o contrato cujo objeto seja a organização de um serviço público. Além disso, tem sido considerado administrativo o contrato mesmo nos casos em que não opera uma delegação global, mas confia a

impõe".⁷¹ Em ambos os casos, completa RICHER, o regime aplicável é, portanto, determinante no raciocínio.⁷²

3.1.3 A Penetração da Teoria do Contrato Administrativo no Direito Brasileiro

Esta teorização, de algum modo, permeou a evolução da dogmática dos contratos público no Direito brasileiro, sobretudo a partir de um certo estágio de desenvolvimento da legislação específica sobre a matéria.

Antes da importação da figura do contrato administrativo pelo direito brasileiro, todas as avenças celebradas pela Administração Pública submetiam-se ao direito comum, como orientava o C. de Contabilidade da União de 1922.⁷³ Nas palavras de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, disciplinava-se o "contrato administrativo, segundo o direito positivo nacional, estritamente, pelos mesmos princípios gerais do direito privado dispostos no C. Civil".⁷⁴ Esses contratos, a essa época, não comportavam o uso de prerrogativas especiais. Apenas em sua fase de formação contratual, se lhes condicionava a observância a normas de Direito público. Exceção à regra eram as concessões de serviços públicos, que admitiam um exercício *regulamentar* pela Administração.⁷⁵

A evolução legislativa significou a incorporação de alguns postulados ao regime jurídico dos contratos da Administração, sobretudo aqueles que atribuíam prerrogativas especiais ao Poder Público quanto à instabilização e rescisão dos pactos. O Decreto-lei n° 2.300/86, por exemplo, retrata uma sistematização do

execução de uma parte do serviço público (T. C. 24 juin 1996, *Préfet de l' Essone*, Rec. 546). *Droit des contrats...*, p. 103.

Vale notar, ainda, que o Conselho de Estado, assim como o Tribunal de Conflitos, têm buscado, mais recentemente, uma concepção restritiva da noção de serviço público, como método de conter a expansão do critério do serviço público. RICHER exemplifica com um julgado relativo ao intervencionismo econômico. "O Conselho de Estado reconheceu o caráter de contrato administrativo a um contrato de "descentralização industrial" pelo qual "uma municipalidade atribui vantagens a um empresa para incitá-la a instalar-se sobre seu território" (C. E. 26 juin, Soc. La Maison des Isolants de France, Rec. 365; R.D.P. 1974). *Droit des contrats...*, p. 104.

⁷¹ RICHER, Laurent. *Droit des contrats...*, p. 89.

⁷² *Droit des contrats...* p. 89.

⁷³ Dispunha a normativa, em seu artigo 76, que: "Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de Direito comum, no que concerne ao acordo das vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo".

⁷⁴ "Contrato de direito público ou administrativo", in *Revista de Direito Administrativo*, n.º. 88. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967, p. 31.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. "Contrato...", p.32.

regime contratual da Administração já fortemente impregnada pela teoria do contrato administrativo. A distinção entre contratos administrativos e contratos jurídico-privados da Administração é reconhecida por toda a doutrina e passa a ser inferida do conteúdo normativo da legislação então vigente. Como contrato administrativo, entende-se o contrato público apto a sofrer o exercício de poderes especiais pela Administração, sujeitando o contratado a alterações e à rescisão antecipada do pacto em face do melhor atendimento ao interesse público primário. Os contratos privados da Administração seriam aqueles contratos que, por conterem objeto não imediatamente relacionado com o interesse público primário, não admitiam o uso de prerrogativas exorbitantes (cláusulas exorbitantes).

Mas a edição da Lei n. 8666/93 inaugura uma nova realidade jurídico-normativa quanto à disciplina da matéria, estendendo, pela dicção do § 3.º do art. 62, aos contratos privados da Administração, a aplicação, “no que couber”, de poderes especiais deferidos à Administração arrolados em seu art. 58. A inovação relativiza a relevância da distinção entre contrato administrativo x contrato privado da Administração, instalando um critério subjetivo para a qualificação dos contratos da Administração (ou contratos administrativos num sentido amplo): a só participação da Administração num dos pólos do contrato. Seguem caracterizados como contratos jurídico-privados apenas aqueles firmados pelas pessoas administrativas de direito privado (atuantes no domínio econômico) submetidas ao regime do art. 173 da Constituição Federal.

A evolução hermenêutica evidenciada nos últimos a propósito da aplicação da disciplina contida na Lei n. 8666/93 retrata, de fato, que aquela dualidade, no que refere às avenças firmadas pela Administração Pública – assim considerado o conjunto das pessoas públicas e privadas que compõem o aparato administrativo, excetuadas as pessoas administrativas de direito privado que atuam no domínio econômico - vai perdendo o seu sentido existencial, sendo que o exercício de prerrogativas autoritárias (único traço que se concebida como distintivo entre as espécies) não está pautado pela natureza e pelo tipo do contrato, mas, sim, pela verificação de seus pressupostos. Assim, não é útil pretender classificar os contratos da Administração em face da pertinência ou não quanto ao exercício de prerrogativas especiais. Isso porque o exercício de poderes especiais estará autorizado em face da relação de certo objeto contratual com o interesse público

primário, só verificada *in concreto*. Tem-se a relação *in concreto* entre o *objeto mediato* do contrato (o bem jurídico tutelado) com o interesse público primário como o fator que ditará a pertinência quanto ao exercício de poderes especiais da Administração (o seu pressuposto autorizativo). Como essa verificação independe do *tipo* do contrato e também de seu objeto *imediato*, só se realizando no caso concreto, pela apreensão de seu objeto *mediato*, é impossível o agrupamento abstrato destas hipóteses.

3.1.4 A tese pela unificação dos contratos da Administração Pública

As considerações acima permitem evidenciar que, excepcionados os contratos firmados pelas pessoas administrativas atuantes no domínio econômico, perde utilidade a dicotomia contrato administrativo x contrato jurídico-privado da Administração. Afirma-se a tese pela unificação dos contratos da Administração Pública.⁷⁶

Emblemático desta orientação é o pensamento de BREWER-CARÍAS, para quem “a modificação unilateral dos contratos da Administração e que provém de decisões unilaterais desta é uma faculdade que ela tem a respeito de todos os contratos que firma, sejam contratos de direito público ou de direito privado, é dizer, sejam contratos administrativos ou de direito privado. Sua aplicação às relações contratuais sempre será possível e dependerá da apreciação do interesse geral envolvidos na situação jurídica concreta”.⁷⁷ Ressalta o jurista que a decisão mais importante da Corte Suprema de Justiça na Venezuela, em matéria de contrato administrativo, tratou de admitir poder de rescisão unilateral da Administração em contrato que, aparentemente, parecia de direito privado, descobrindo-se, depois, que seu regime era preponderantemente de direito público ante a apreciação do interesse geral envolvido na realização da Administração.⁷⁸

⁷⁶ A afirmação desta orientação importa o aperfeiçoamento e a superação de posicionamento que assumi anteriormente. Já sustentei diversamente em *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. No mesmo sentido, defendi em outro estudo: “Contratos jurídico-privados da Administração”, in *Informativo de licitações e contratos administrativos n.º 120*. Curitiba: Zênite, 2004, p. 132.

⁷⁷ *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Estúdios Jurídicos, 1992, p. 49.

⁷⁸ *Contratos...*, p. 49.

Ao admitir a possibilidade do exercício de instabilização nos contratos jurídico-privados (da Administração), a doutrina parece anunciar uma tendência à unitariedade dos regimes jurídicos. A idéia de “transmutação” do contrato jurídico-privado em “contrato administrativo” para fins de sujeição do pacto ao exercício de poderes especiais revela o recurso à unificação dos regimes jurídicos. Neste aspecto, a categoria jurídica do contrato administrativo passaria a ter valor meramente didático e não mais tipológico-normativo. Isso porque o que se descortina com o processo de conversão de contratos públicos (tal como narrado por BREWER-CARÍAS em leitura à decisão da Corte Suprema de Justiça venezuelana) é que o exercício dos poderes exorbitantes não se condiciona pela qualificação do contrato, mas, antes, se autoriza pela verificação de pressupostos extracontratuais e que poderão ocorrer em sede de um ou de outro tipo contratual (contrato administrativo ou contrato jurídico-privado da Administração). Assim, as cláusulas exorbitantes, como poderes eventuais e oportunizados objetivamente mediante fatores externos ao contrato, haverão de, implicitamente, estar presentes em todos os contratos da Administração Pública, sejam estes administrativos ou jurídico-privados.⁷⁹

A pertinência do exercício de poderes exorbitantes na sede dos contratos jurídico-privados relaciona-se com uma tendência de igualização das espécies. Reconhece-se, em parcela da doutrina, a idéia de ver estabelecido um regime jurídico único para os contratos administrativos e para os contratos jurídico-privados da Administração.⁸⁰

⁷⁹ MONEDERO GIL, com posição mais restritiva, chegou a admitir, como exceção, um exercício de modificação dos contratos privados da Administração, desde que a execução contratual ameace o interesse geral envolvido. *Doctrina del contrato del estado*. Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 394.

⁸⁰ O grupo dos juristas que defende a unitariedade dos contratos públicos é numeroso. Pode-se citar, entre outros, ROBERTO DROMI, SCHMIDT-ASSMANN, BREWER-CARIAS e MARIA JOÃO ESTORNINHO. Especialmente esta autora sustenta, em seu esboço de autonomização curricular, o estudo integrado dos contratos públicos sempre sob essa perspectiva homegênea, adotando como epígrafe do programa da cadeira relativa aos contratos públicos o título “Para a uniformização do regime jurídico da actividade contratual da administração pública”. Entre nós, JUAREZ FREITAS parece comungar da idéia de unificação dos contratos públicos, recusando a clássica distinção feita pela teoria do contrato administrativo. Anota o autor que “o alcance extensivo dos termos contratuais a terceiros (cujas situações jurídicas não advêm das partes contratantes) decorre mais do sistema que do contrato”, afirmando, em seguida, que a “instabilização dos contratos, como potência específica da Administração Pública, pode suceder, como dito, também em relação a ajustes ortodoxamente inseridos na rubrica de privados”. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 174. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La figura...”, p. 672. ESTORNINHO, Maria João. *Contratos da administração pública (Esboço de Autonomização Curricular)*. Coimbra: Almedina: 1999, p. 66 e 67.

É válido admitir que a idéia de autotutela estatal e da irrenunciabilidade da prossecução do interesse geral poderá conduzir ao entendimento de que, verificados determinados pressupostos, a Administração há que agir no fito de garantir a satisfação das necessidades públicas, de modo que desinteressa, em princípio, se tais pressupostos desponhem no âmbito da execução de um contrato jurídico-privado ou de um contrato administrativo. Assume-se, em face do raciocínio, a admissibilidade dos poderes exorbitantes pela verificação de seus pressupostos (que são extracontratuais) e não pela qualificação do contrato. Logo, a dualidade contrato administrativo-contrato jurídico-privado da Administração, amparada desde sempre unicamente na possibilidade de exercício de prerrogativas especiais restrita aos contratos administrativos, perde, nestes casos, sua razão de existir.

É claro que existem diferenças a propósito do alcance destas prerrogativas sobre os contratos da Administração em geral, porquanto é variável o grau de envolvimento do contratado na persecução imediata do interesse público, sendo, daí e como lembra LAUBADÈRE, variável a cláusula de sujeição imposta ao co-contratante⁸¹. Em certos contratos será muito rara a intervenção administrativa, porquanto a natureza de seu objeto dificilmente suscitará a tutela do Poder Público a partir da submissão autoritária da vontade do particular, eis que não haverá pressupostos para tanto. Mas o fato é que essa variação quanto ao envolvimento do co-contratado com o interesse público subjacente ao contrato administrativo não é algo estático e que pode ser definido absolutamente quando da configuração do contrato, tão-somente pela natureza de seu objeto. Ainda que certos objetos apresentem um risco mais elevado acerca de intervenções da tutela administrativa, nada impede que em contratos menos cogitados a receber a tutela do Estado (porque batizados de contratos de figuração privada, ou ditos “contratos jurídico-privados da Administração”) verifique-se, posteriormente, a necessidade de fazê-lo. Isso porque a intensidade do envolvimento da causa-função do contrato com o

⁸¹ *Traité des contrats administratifs*. V. 2. 2^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 404. Também GASTON JÈZE explica que “existem diferenças na aplicação do princípio (do *ius variandi*), segundo a natureza dos contratos administrativos: segundo o grau de colaboração do contratante no funcionamento do serviço público, em especial, segundo a duração: contrato de concessão de serviço público, contrato de obras públicas ou contratos de “suministros” de prestações múltiplas, contrato de obras ou de fornecimento de prestação única. A natureza e a importância das modificações não são as mesmas segundo os casos”. *Principios generales del derecho administrativo*. V. 4 – *teoría general de los contratos de la administración*. Buenos Aires: De Palma, 1950, p. 236.

interesse público é variável ao longo da execução do contrato à conta também de fatores exógenos ao conjunto de bens abrangidos pela relação contratual.

3.1.4.1 O Cabimento restritivo do exercício de poderes especiais nos contratos administrativos

Seria necessário agregar que a aceitação de que aos contratos cuja tipologia é de figuração privada (os quais se poderiam dizer mais aproximados de contratos celebrados entre privados) deve ser estendida a possibilidade do exercício de prerrogativas unilaterais não se traduz numa orientação ampliativa do universo de interferência estatal no campo dos contratos entre a Administração Pública e os privados. Bem ao contrário. A orientação que predominava até antes da encampação legislativa pelo desaparecimento da figura do contrato jurídico-privado da Administração resultava em todos os casos deferir à Administração poderes de interferência nos contratos administrativos. Havida esta qualificação, creditava-se ao Poder Público uma espécie de autorização para alterar e pôr fim aos contratos administrativos, segundo exame que fazia a propósito das razões de interesse público (compreendido aí inevitavelmente um espaço discricionário de avaliação). E, dado o abrangente conceito de contrato administrativo acolhido desde sempre pela jurisprudência e pela doutrina, a esmagadora maioria dos contratos firmados pela Administração Pública sempre foi considerada como contratos administrativos. Esse panorama importava em reconhecer à Administração um amplo campo de interferência unilateral na sede de seus contratos.

Essa orientação resultou em efeitos desastrosos à prática das contratações públicas. Por um lado, os cuidados com a adequada preparação e confecção dos contratos (o que pressupõe a correção técnica do projeto básico) foram relativizados, dada a possibilidade de correção posterior pela via do *ius variandi*. Isso pode ter estimulado a ausência de seriedade e eficiência nos trabalhos de programação contratual. Por outro, elevaram-se sensivelmente os custos de transação, num movimento de gradativa perda de economicidade nas contratações da Administração, ante o reiterado uso por interferências administrativas desnecessárias (que poderiam ser evitadas) na execução do contrato. A aceitação de que há uma latitude de ação administrativa de interferência na execução do

contrato, de molde a alterá-lo ou a rescindi-lo (ou mesmo invalidá-lo) por autoridade, conduziu ao encarecimento das propostas, que passaram a incorporar a precificação do risco.⁸²

Este cenário informou a tendência hermenêutica quanto ao cabimento restritivo do uso de poderes exorbitantes na sede dos contratos públicos⁸³. Portanto, a hermenêutica de superação da dicotomia contrato administrativo x contrato privado da Administração, retratada na lei n. 8666/93, não há de ser lida como um alargamento do campo de interferência estatal nos contratos desta índole, mas, sim, como uma modificação de compreensão dos pressupostos condicionantes do exercício daquelas prerrogativas, agora vistos a partir do estreitamento do liame entre o objeto mediato e o interesse público primário. Necessita-se verificar se o laço entre o objeto mediato e o interesse geral é intenso o suficiente para, no caso concreto, autorizar a instabilização do pacto. E isso só ocorrerá excepcionalmente.

3.1.3.2 Restrição constitucional quanto ao exercício de poderes exorbitantes por entes administrativos submetidos ao art. 173 da Constituição

O afirmado acima deve ser temperado com a prescrição do art. 173 da Constituição, que, por força do inciso II de seu § 1º, impõe às empresas estatais e

⁸² Não se olvide um outro importante componente da elevação dos custos transacionais: o histórico de inadimplemento contratual da Administração. Reiteradas práticas de incumprimento contratual aliadas a um inapto esquema de ressarcimento indenizatório aos contratados privados, que se viam (e se vêem) submetidos ao famigerado sistema de precatórios, conduziram à concepção de novos modelos de garantir as obrigações contratuais da Administração. Um exemplo disso reside na criação de entes com personalidade jurídica de direito privado para, com patrimônio originado da Administração Pública, garantir as obrigações pecuniárias do parceiro público em contratos de parceria público-privada. Trata-se de uma das principais soluções e inovações trazidas com a Lei n. 11079/2004.

⁸³ O propósito de assegurar maior segurança jurídica a ajustes contratuais (sobretudo que obedecem ao modelo da *public private partnership*) tem se revelado especialmente no direito internacional (particularmente nos países cujo direito administrativo é de inspiração francesa) também como proposta de minimização de interferências unilaterais da Administração. É o que se nota, por exemplo, da disciplina portuguesa sobre PPP. Nos termos da alínea “e” do Decreto-lei n. 86/2003 (com a modificação introduzida pelo Decreto-Lei nº 141/2006 de 27 de Julho de 2006), o lançamento e a contratação da parceria público-privada pressupõe: (...) “A concepção de modelos de parcerias que evitem ou minorizem, sempre que possível e salvo fundamentação adequada, a probabilidade da verificação de modificações unilaterais dos contratos determinadas pelo parceiro público ou quaisquer outros factos ou circunstâncias geradores ou potenciadores da obrigação de reposição do equilíbrio financeiro, designadamente a indefinição das prestações contratuais, a imprevisibilidade da matéria, a extensão ou incerteza quanto à duração do compromisso, bem como a assunção de termos e condições de reposição desse equilíbrio ou outros regimes indemnizatórios que sejam excessiva ou injustificadamente onerosos ou inadequados em face do perfil de risco efectivo da parceria”.

sociedades de economia mista que atuem no domínio econômico a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Assim consideradas, será vedado a estas entidades valer-se de prerrogativas exorbitantes do direito privado, como o *ius variandi*, o poder de rescisão unilateral (administrativa, veciulada por competência auto-executória) etc. Trata-se de reconhecer que o texto constitucional não autoriza a firmatura de legítimos contratos administrativos pelas entidades de direito privado atuantes no domínio econômico. A elas será aplicado regime jurídico-privado, que desautoriza o exercício daquelas prerrogativas.

Isso significa reconhecer, a despeito da dicção do § 3.º do art. 62 da Lei n. 8666/93, a remanescência da categoria dos contratos jurídico-privados no direito nacional, circunscrita às avenças firmadas pelas unidades administrativas de direito privado na condição de atuantes no domínio econômico (prestadores de atividade econômica em sentido estrito) – art. 173 da Constituição.

3.1.5 Síntese Conclusiva Acerca da Natureza das PPPs Como Contrato Administrativo

Logo, evidencia-se que a parceria público-privada possuirá a natureza de contrato administrativo (quando firmada pela Administração Pública em geral) ou de contrato jurídico-privado (quanto firmada por pessoas de direito privado atuantes no domínio econômico). Esse reconhecimento permite identificá-la como avença sujeita a um conjunto de princípios-matrizes aplicável a ambas as figuras (contrato administrativo em sentido amplo), ficando a distinção por conta da possibilidade (excepcional) do exercício de certas prerrogativas unicamente na classe dos contratos administrativos propriamente ditos.

Mas a categoria (contrato-administrativo) apresenta enorme diversificação, sendo que a expressão tomada em sentido amplo pouco esclarece a propósito da definição dos regimes jurídicos particulares.

Cabe, então, prosseguir na tarefa de depuração do instituto.

4. A PPP COMO ESPÉCIE DO GÊNERO PARCERIA

Indo avante, seria de cogitar se as PPPs inserem-se numa categoria-espécie dos contratos administrativos: a *parceria*.

O vocábulo *parceria* não tem conotação jurídica precisa. Identifica-se no sistema jurídico brasileiro, como figura típica, apenas a *parceria rural*⁸⁴, disciplinada pelo Decreto n. 59.566 de 14/11 de 1966. Mas a utilização da expressão *parceria* generalizou-se para aludir a um tipo de avença em que há escopos comuns a serem atingidos pelas partes em prol da partilha de resultados. Seu significado denota um tipo de avença de natureza associativa e organizacional, em que as partes contraentes partilharão os resultados financeiros da exploração de certo objetivo comum. Refere ao modo de estruturação econômica (e não propriamente jurídica) de alguns ajustes, dado seu caráter de informalidade. A noção de *parceria* parece estar assim associada à de *sociedade não-personificada*⁸⁵ (*sociedade em comum* e *sociedade em conta de participação*), abrangendo ainda as hipóteses de *consórcio*. É a conformação de ajustes informais (sem a formalidade necessária para a criação de novo ente jurídico que exige o regime da sociedade personificada) marcados pela lógica da distribuição dos resultados.

Não parece, portanto, que a figura da *parceria público-privada*, com as notas normativas lhe atribuída pela Lei n.º 11079/2004, tenha sido inspirada na figura da *parceria*. Aliás, seria mesmo duvidosa, como explica MARÇAL JUSTEN FILHO, a

⁸⁴ Subdividida em (a) *parceria agrícola*; (b) *parceria pecuária*; (c) *parceria agroindustrial*; (d) *parceria extrativa*; e (e) *parceria mista*. Nos termos do art. 4.º do referido Decreto, a figura da *parceria rural* vem assim definida: “Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa vegetal ou mista; e ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias primas de origem animal, mediante partilha de riscos do caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei (artigo 96, VI do Estatuto da Terra)”.

⁸⁵ Este também é o entendimento de DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “O sistema de parceria entre os setores público e privado”. In *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, n. 1, 1997, p. 75 e 76; e de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 40. Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, somente se poderia aludir à *parceria* em duas hipóteses, reconduzíveis a outras figuras conhecidas no direito nacional: a (a) *sociedade em conta de participação* (art. 991 do C. Civil) e a (b) *constituição de sociedade de fato ou irregular* (*sociedade em comum*). *Teoria geral da concessão de serviço público*. São Paulo: Dialética, p. 139, 2003.

acolhida do instituto no campo da atividade contratual administrativa, especialmente para instrumentar a prestação de serviços públicos.⁸⁶

A expressão parece estar associada, no contexto da reforma legislativa produzida na seara das contratações públicas, à amplitude do espectro de arranjos negociais que se inserem debaixo do modelo das PPPs. A introdução deste regime indubitavelmente propicia o alargamento da latitude negocial da Administração quanto ao modo de estruturação dos ajustes. Particularmente as concessões administrativas pressupõem uma infinidade de formatações, cujo ingrediente determinante será a sua estruturação econômico-financeira. Logo, a terminologia está associada a uma imensa pluralidade de alternativas negociais disponibilizadas à Administração com o advento das PPPs.

Contudo, não há exatidão técnica na definição da PPP como contrato de *parceria*, sobretudo pela evidência de que, naquele modelo, inexistente a hipótese de partilha de resultados econômicos, numa lógica de repartição dos riscos financeiros entre as partes – traço fundamental do instituto da parceria com raiz na teoria geral do direito privado.

Talvez fosse até possível duvidar da correção do uso da expressão *parceria* no universo do direito privado para abranger as hipóteses mencionadas. Como dito acima, excluída a *parceria* rural, não há outra modalidade contratual assim tipificada pelo ordenamento. E quanto às sociedades não-personificadas (sociedade em comum e sociedade em conta de participação), assim como quanto ao instituto do consórcio, há disciplina legal demarcatória de seus regimes particulares. Daí também por que seria inútil ao cientista do direito pretender agrupar estas figuras no gênero *parceria*.

De todo o modo, é usual no campo do direito público a alusão à *parceria* para identificar ajustes entre a Administração e os privados com prazos alongados e distribuição de riscos, envolvendo responsabilidades de gestão pelos privados de escopos implicados com o interesse coletivo (acepção inconfundível com a

⁸⁶ Anota o autor que a intensa carga de informalidade se traduziria no primeiro óbice à configuração de uma parceria entre Estado e particulares, dada sua incompatibilidade com o regime jurídico-administrativo. Para além disso, seria inconcebível que a Administração Pública, como regra, associasse alguém à sua atividade. “Em se tratando de serviço público desempenhado diretamente, a constituição de uma parceria infringiria a ordem constitucional. A Administração direta do Estado não pode pactuar sociedade com particulares para desempenhar suas funções públicas”. *Teoria...*, p. 140.

significação jurídica própria do termo). Nesta acepção, fala-se em parceria público-privada em sentido amplo.

5. A PPP COMO ESPÉCIE DO GÊNERO “PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA”

É tradicional na doutrina o uso da expressão parceria público-privada, freqüentemente empregado para retratar os modos de organização contratual entre Administração e privados em que se busca a cooperação mútua para a realização de escopos (também) de interesse coletivo. A expressão precede a configuração jurídica lhe atribuída pela Lei n. 11079/2004. Era comum – e ainda é - a utilização do termo com vistas a abranger uma imensidade de hipóteses de associação ou de colaboração entre a Administração Pública e os privados, sem se alcançar (contudo) uma delimitação precisa de seu significado. A doutrina faz uso variado da expressão, atribuindo-lhe significados múltiplos, com maior ou menor abrangência⁸⁷. Daí que este termo (nesta acepção ampla) não tem denotado uma única significação jurídica.

⁸⁷ PAULO MODESTO destaca as diversas características que entende presentes, em maior ou menor grau, em contratos de parceria público-privada (na acepção ampla do termo): (a) a voluntariedade da decisão ao ajuste; (b) a convergência de interesses; (c) a complementariedade de encargos; (d) a atenuação no emprego de prerrogativas exorbitantes por parte da Administração, com vistas a não inibir o interesse do parceiro privado; (e) a flexibilidade dos arranjos institucionais viabilizadores do ajuste de interesses. “Reforma do Estado, formas de prestações de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras do conceitos de ‘serviço público’, ‘serviço de relevância pública’ e ‘serviços de exploração econômica’ para as parcerias público-privadas”, *In Parcerias público-privadas* (Cord. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 472. Por mais ampla que seja a significação aplicada ao termo pelo autor, ainda se mostra mais restrita que aquela que lhe atribui FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, para quem, em termos amplos, “parceria seria sinônimo de contrato administrativo”. “As parcerias público-privadas no saneamento ambiental”, *In Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 281. Uma conotação algo distinta lhe emprega MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, utilizando o vocábulo para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público”. *In Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 40. ANGELA CASSIA COSTALDELLO propõe também (ainda ao tempo da gestação da Lei nacional de PPP) uma definição ampla às PPPs, como “instrumentos através dos quais agem o Poder Público e os particulares, num sistema de colaboração entre os setores, com o escopo de executar determinadas obras e prestar certos serviços para a coletividade, em geral de infra-estrutura”. “A Propriedade Privada, o Urbanismo e as Parcerias Público-Privadas: Transformações e Perspectivas”, *In Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho* (Coord. Edgar Guimarães). Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 113. Por fim, CARLOS ARI SUNDFELD define em sentido amplo as PPPs como sendo “os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividade com algum coeficiente de interesse geral”. “Guia jurídico das parcerias público-privadas”, *In Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

Talvez se possa dizer que a expressão não tem valor léxico-jurídico, mas apenas científico-estipulativo. Receberá significados operacionais aos exames manipulados pelos estudiosos, na medida de sua necessidade e conveniência científica. Terá assim natureza estipulativa, mas não léxico-jurídica. Por isso, não é possível reconhecer no ordenamento o instituto *parceria público-privada em sentido amplo* e nem um regime jurídico da *parceria público-privada em sentido amplo* (comum a uma pluralidade de hipóteses-institutos)⁸⁸ – a não ser que se o configure a partir de notas muito genéricas, o que revela utilidade reduzida à descrição do direito; a expressão é utilizada no direito positivo apenas para referir o modelo de contratos previsto na Lei n. 11079/2004.

Contudo, se antes a expressão “parceria público-privada” era utilizada com valor meramente científico e de significação estipulativa, com a introdução no direito nacional do modelo normativo das parcerias público-privadas, passou a revestir-se de significado jurídico específico. A partir de então, o termo parceria público-privada remete a significação inferível das notas e características constantes da Lei n. 11079/2004. Serão parcerias público-privadas as hipóteses fáticas que se subsumirem aos tipos delineados pela Lei n. 11079/2004: concessão patrocinada e concessão administrativa.

6. A PPP COMO ESPÉCIE DO GÊNERO CONCESSÃO

A parceria público-privada pode ser apontada como uma modalidade de concessão. Suas tipologias são, de fato, espécies do gênero concessão, como se infere dos termos da Lei n. 11079/2004. A recondução desses tipos ao conceito de concessão, ou à definição do que seja a técnica concessória, importa investigar a sua significação jurídica. Isto é: indaga-se qual a tradução jurídica da expressão *concessão* utilizada pelo legislador para referir ao modelo-base das parcerias público-privadas.

⁸⁸ Aludir-se à parceria público-privada como significante que remete a um conceito-gênero, envolvendo uma enorme diversidade de tipos contratuais, apresenta reduzida utilidade. No campo da ciência do direito e no plano da metalinguagem, até se poderia cogitar de taxonomia que se prestasse a agrupar hipóteses abrangidas pela acepção ampla do termo. Mas a classificação não traduziria relevância do ponto de vista da utilidade na compreensão dos fenômenos jurídicos (dada a enorme diversidade de institutos que abrange).

O termo “concessão” é utilizado em inúmeros registros do texto constitucional⁸⁹, localizando-se ainda em diversos diplomas legais. Define uma diversidade de institutos: (a) concessão de uso de bem público; (b) concessão de direito real de uso⁹⁰; (c) concessão de lavra de recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica; (d) concessão de serviço (e obra) público; etc. Há, assim, uma pluralidade de regimes jurídicos que se define pela utilização do termo concessão. Não é possível inferir deste significante um significado jurídico único. Sequer é possível identificar um conjunto de características mínimos comuns em todos os institutos recobertos (também) por este termo que possa justificar a delimitação de um regime jurídico comum. Os diversos institutos que se definem pelo uso da locução concessão não apresentam (todos eles) uma zona comum de tratamento jurídico capaz de lhe atribuir uma significação técnico-jurídica precisa. A concessão de uso de bem público, por exemplo, enquanto contrato que se presta a transferir a alguém o direito de uso de bem público para uma finalidade específica (“cuja utilização ou exploração não se preordena a satisfazer necessidades ou conveniências do público em geral, mas as do próprio interessado ou de alguns singulares indivíduos”⁹¹), não se afigura um instituto aparentado da concessão de serviços públicos, que instrumenta a delegação a terceiros quanto à execução (sob sua conta e risco) de determinado serviço público, a ser desempenhado *universalmente e ao público em geral*. O mesmo se poderia dizer a propósito de outros institutos recobertos pelo termo concessão. Não há aspectos comuns de seus regimes jurídicos capazes de justificar a atribuição de significado jurídico próprio à expressão *concessão*.

Por isso, a expressão *concessão* isoladamente considerada não apresenta significação jurídica unitária.⁹²

⁸⁹ Os dispositivos do art. 21, incisos XI, XII, XXIII (alínea b); do art. 25, parágrafo único; do art. 30, inciso V; do art. 49, inciso XII; do art. 175 e do art. 223 da Constituição federal dispõem acerca de concessão de serviço público. O artigo 49, inciso XVII e o parágrafo primeiro do art. 188 dispõem sobre a concessão de uso. A concessão de lavra de recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica vem prevista no art. 176 da CF.

⁹⁰ Art. 7 do Decreto-lei n. 271/67.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 697.

⁹² Naturalmente, a plurisignificação de certas expressões jurídicas não é uma particularidade do nosso sistema jurídico. JEAN RIVERO e JEAN WALINE, por exemplo, observam ser preciso diferenciar a concessão de serviços públicos e outros atos, muito diversos, “em relação aos quais uma linguagem administrativa insuficiente precisa utilizar também o termo concessão. Da maior parte dos casos (concessão nos cemitérios, concessões sobre o domínio das pessoas públicas, concessões de

Mas, embora seja certo não existir no direito positivo uma classe única abrangente dos diversos institutos recobertos pela locução concessão, isso não significa a impossibilidade de identificar regimes jurídicos comuns referidos pela expressão.

Em atenção ao aspecto terminológico e na tentativa de gerar alguma classificação a propósito do assunto, é observável que a Constituição utiliza dessa expressão para referir tanto situações em que se verifica a translação de um direito (de um exercício ao direito) ou de um poder (de um exercício ao poder) da Administração Pública a um particular (com natureza constitutiva-derivativa⁹³) - quando refere, por exemplo, à concessão de serviços públicos, à concessão de uso de bem público, à concessão de lavra de recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, à concessão para exploração de atividade econômica propriamente dita, mas de monopólio da União – como aqueles atos meramente ampliativos da esfera de direitos do particular, constitutivos de direitos, mas sem veicular um deslocamento de um direito ou de um poder da Administração ao concessionário (com natureza constitutiva pura, ausente o caráter derivativo da técnica concessória) - quando prevê a concessão de aposentadoria⁹⁴, a concessão de pensão⁹⁵, a concessão de asilo político⁹⁶, a concessão de anistia⁹⁷ etc.

Portanto, pode-se separar, de logo, numa classificação mais abrangente, duas tipologias de concessão: (a) aquelas que pressupõem uma técnica constitutiva por derivação (sendo concessões derivativas), prestando-se a deslocar da esfera de direitos da Administração o exercício de um direito ou de um poder seu a um privado, e (b) aquelas prestantes a constituir um direito (novo) ao privado, sem que

minas etc.) ela se distingue radicalmente por só ela ser um modo de gestão de um serviço". *Droit administratif*, 18 ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 461.

⁹³ Pressupõe-se a concessão como uma técnica constitutiva, porque constitui direitos novos ao particular, e derivativa, porque tais direitos são transferidos da esfera jurídica da Administração, sendo, daí, derivados. Neste particular, podem-se consultar as lições de PEDRO GONÇALVES, que, ao examinar a *concessão administrativa* (figura que pressupõe a constituição de uma relação jurídico-administrativa e que compreende fundamentalmente tanto hipóteses de utilização de bens públicos por particulares como a transferência da exploração de atividade pública), identifica a *derivação* como o fator de unidade do conceito (sem a pretensão de modelar-se um conceito normativo), já que em todos estes atos "um sujeito vê sua esfera jurídica alargada pela integração nela de um direito que deriva da esfera jurídica Administração". *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 61 e 63.

⁹⁴ Art. 2.º, 3.º e 4.º do art. 40 da CF.

⁹⁵ § 2.º e 7.º do art. 40 da CF.

⁹⁶ Inciso X do art. 4.º da CF.

⁹⁷ Inciso VIII do art. 48 da CF.

isso envolva o deslocamento de um direito previamente titularizado pela Administração (concessões meramente constitutivas). Com esta primeira organização taxonômica dos institutos que se ligam a esta terminologia, descartam-se desde logo aquelas concessões que não traduzem a *transferência* de direitos da Administração a terceiros, sendo simples outorga de direitos novos aos privados – as quais não interessam a esta abordagem⁹⁸.

Mas no universo das concessões derivativas ainda se acham institutos com muito pouco em comum. Em princípio, estariam ali inseridas todas as formas de conceder-se um direito inerente à Administração a terceiros. Dada a diversidade de regimes jurídicos, este agrupamento é pouco útil ao presente exame. Deve-se avançar, então, no objetivo de depuração taxonômica das concessões.

Indo além, permite-se identificar, na classe das concessões derivativas, a existência de concessões: (a) que se prestam a deslocar o exercício quanto ao uso de bens (concessão de uso de bem público e concessão real de uso); e outras (b) com o objetivo de trespassar o direito à exploração de certas atividades (concessão de serviço público, concessão de exploração de atividade econômica, concessão para exploração de recursos naturais etc).⁹⁹ Esta divisão pressupõe confrontar uma

⁹⁸ Talvez outra distinção entre essas classes esteja na existência de relação *contratual* unicamente na primeira, sendo que os atos atributivos de direitos novos que se aperfeiçoam pela via de uma concessão constituem, em regra, provimentos unilaterais sem feição contratual.

⁹⁹ É usual na doutrina comparada a alusão a *concessão translativa* para referir às concessões que se prestam a transferir a exploração de atividades públicas e a *concessão constitutiva* para aludir-se às concessões de utilização de bens públicos (para uso público ou privado). Diz-se que, no primeiro caso, há a *transferência* de um direito da Administração para o concessionário; no segundo, a *criação* de um direito a partir de um poder da Administração e a sua atribuição ao concessionário. Esta classificação não parece adequada – no que concorda PEDRO GONÇALVES – eis que as concessões de utilização de bens públicos pressupõem, em certa medida, a transferência de direitos preexistentes na esfera jurídica da Administração. Vale notar que o uso da coisa objeto da concessão é também objeto de um direito da Administração. Nestes casos, a Administração não cria um direito novo sem correspondência numa faculdade que lhe é juridicamente deferida, mas apenas promove a *transferência* a terceiro, via concessão, dessa faculdade de uso. PEDRO GONÇALVES vai além e admite que não só existem *concessões translativas* que instrumentam a transferência da exploração de atividades públicas e *concessões constitutivas* que visam à utilização de bens públicos, como concessões constitutivas de atividades e concessão translativas da utilização privativa de bens públicos. Observa o autor português que “a menos que se pretenda converter o direito de propriedade pública num direito de gestão das coisas públicas, tem de aceitar-se que a Administração dispõe do direito de gozar e de usar as coisas sobre que esse direito incide. Nessa perspectiva, teremos então de concluir que a natureza constitutiva das concessões de utilização privativa não se deve à criação *ex novo* do direito de utilização, já que o direito de propriedade pública comporta essa faculdade”. E completa, referindo que nem sempre as concessões para uso de bem público serão translativas, porquanto se o concessionário utilizar-se do bem para atividade privada, para a prossecução de seus interesses privados, a concessão será constitutiva, dado que a Administração não dispõe do direito de utilizar os bens públicos para a busca de fins privados. Logo, não haverá a *translação* de um direito preexistente no domínio administrativo. Também acrescenta que, no campo das concessões

dimensão *colaborativa*, própria das concessões de exploração de atividades, com uma dimensão meramente *atributiva* que caracteriza as concessões de utilização de bens públicos.¹⁰⁰ Talvez essa seja a característica fundamental que separa a concessão dedicada à exploração de atividades, envolvendo uma relação de colaboração diuturna entre o concessionário e o Poder Público, da concessão de utilização de bens públicos – relação marcada por um mero exercício de atribuição de um direito.

Pode-se aludir a uma tradicional classificação que se costuma proceder à organização dos contratos administrativos, dividindo-os em contratos de *atribuição* e contratos de *colaboração*. Os primeiros são menos usuais e têm por causa-função atribuir certas vantagens aos administrados — sendo, neste caso, essencial a prestação da Administração em relação à do co-contratante, que desponta como mera consequência ou condição da vantagem auferida. O interesse público, aqui, “é prosseguido mais através dos direitos conferidos ao contratante particular do que

de transferência de atividade pública, serão constitutivas aquelas concessões forçadas ou obrigatórias – que têm por objeto atividades reservadas a uma entidade administrativa, mas que ela própria não pode exercer, ficando obrigada a recorrer a um modelo de gestão indireta -, eis que “essas concessões não transferem um direito da Administração para o concessionário”. A *Concessão...*, p. 58, 59 e 60. Também ROGÉRIO EHRHARDT SOARES inclui na classe das concessões translativas “actos pelos quais a Administração transmite, a um particular, poderes de uso especial sobre bens públicos (v.g. concessão de terras) ou o investe na situação de titular dum serviço público (v.g. concessões de transporte colectivo; de distribuição de água, eletricidade ou gaz; de telefones etc.)”. Na classe das concessões constitutivas, insere “todos os actos pelos quais a autoridade confere a um particular a possibilidade de utilizar em proveito próprio, com compressão dos direitos da Administração, bens pertencentes ao elenco dos bens dominiais – por exemplo, a outorga da faculdade de ocupar uma parcela duma praça pública para instalar um quiosque. Admite-se efectivamente que a Administração vá comprimir a afectação de certos bens a um uso público imediato para satisfação de interesses particulares, desde que com isso não tolha a realização das finalidades públicas (inadmissibilidade da instalação do quiosque no meio da rua) e que os poderes do particular se mantenham numa situação precária.” *Direito administrativo*. Coimbra, 1978, p. 109 e 110.

¹⁰⁰ Novamente PEDRO GONÇALVES, referindo à dúlice aplicação da concessão administrativa (atribuindo o direito de exercer uma atividade pública ou o direito de utilização de um bem público), afirma que “a diversidade do objeto é, aliás, a explicação para a diversa função de cada uma dessas concessões: num caso (actividades), a concessão possui uma patente dimensão organizatória (que coloca a figura no contexto de uma relação de colaboração entre Administração pública e concessionário); noutro (bens), a dimensão organizatória não existe, salientando-se antes, em geral, a função de atribuição (em vez da colaboração)”. A *concessão...*, p. 85. Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, é de se qualificar como *concessão translativa* a concessão de serviço público, a concessão patrocinada e a concessão administrativa - pois importam “a passagem, de um sujeito a outro, de um bem que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo; os direitos derivados dessa concepção são próprios do Estado, porém transferidos ao concessionário” – e *concessão constitutiva* a concessão de uso de bem público, em suas diversas modalidades, “que ocorre quando, com base num poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo”. *Parcerias...*, p. 83 e 84.

das obrigações que assume”¹⁰¹. Os segundos caracterizam-se quando o particular se obriga frente ao Estado a realizar uma prestação que atenda diretamente ao interesse público. Neles, o essencial é a prestação do particular, sendo suas as obrigações que adquirem relevância no atendimento ao interesse público.¹⁰² Os contratos de concessão que têm por objeto a exploração de certa atividade (como a concessão de serviços públicos) seriam, assim, contratos de colaboração, pressupondo uma atuação essencial pelo concessionário com vistas ao atendimento a finalidades de interesse coletivo.

Alcança-se, neste trabalho de depuração taxonômica das concessões, uma classe gênero que se poderia denominar de *concessão* como *contrato de colaboração*. E, a partir do advento da Lei n. 1179/2004, ao introduzirem-se as figuras da concessão patrocinada e da concessão administrativa, adotando para sua disciplina o modelo-base das concessões de serviços públicos, delimitou-se uma classe-gênero das concessões, a qual passou a abrigar três espécies: a (1) concessão (comum) de serviços públicos; a (2) concessão patrocinada; e a (3) concessão administrativa.

Qual, então, o significado jurídico da locução *concessão* enquanto classe abrangente das modalidades referidas? Por certo que sua significação deverá conformar-se por atributos comuns a todas aquelas modalidades, sob pena de negar-se a classificação prescrita pelo legislador. Isto é: todas estas espécies de concessão apresentarão uma zona comum de tratamento jurídico, identificada como o regime jurídico da concessão (enquanto contratos de colaboração). E, aqui, está-se a falar de um significado léxico-jurídico, e não com valor meramente estipulativo. Parece-me que o legislador da Lei Geral de Parceria Público-Privada fez uso da locução *concessão* para compartilhar com o novo instituto uma significação inferida da configuração normativa da *concessão de serviços públicos*. Mas é fato que a expressão, referida como classe-gênero de contratos de colaboração, não retrata todos os característicos da concessão de serviços públicos, sob pena de negar-se a

¹⁰¹ SÉRVULO CORREIA, J. M. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 421 e 422.

¹⁰² Conforme GARRIDO FALLA. *Tratado del derecho administrativo*. V. 2. 10^a. ed. Madrid: Tecnos, 1992, p. 59. A utilidade da classificação se põe também no campo da interpretação contratual: os contratos de atribuição são marcados por uma exegese restritiva das vantagens outorgadas ao co-contratante, diferentemente dos contratos de colaboração, para os quais tem-se adotado hermenêutica favorável aos particulares-contratantes. LOPES MEIRELLES, Hely. *Licitação e contrato administrativo*. 12.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.190.

independência de tratamento jurídico entre as espécies. Se antes a noção de concessão como contrato de colaboração traduzia todas aquelas notas, com o ingresso das novas figuras, a expressão perdeu conotação para poder também abrangê-las. Diz-se, em síntese, que a "concessão" passou a conotar menos mas com significação mais abrangente¹⁰³.

Cabe, a partir disso, buscar as notas que configuram a técnica concessória, identificando o regime jurídico comum à concessão de serviços públicos (comum), à concessão patrocinada e à concessão administrativa.

6.2 CARACTERÍSTICAS DA TÉCNICA CONCESSÓRIA

Tradicionalmente, o conceito de concessão esteve sempre atrelado à delegação da operação e gestão de serviços públicos a um concessionário (por sua conta e risco), decorrendo-lhe o direito de exploração do negócio a partir de remuneração proveniente de tarifas pagas pelos usuários, comportando eventualmente subvenções do Poder Público¹⁰⁴.

Vários são os ângulos que explicam a opção por este modelo. Sob uma apreciação de natureza política, a concessão pode representar um modo de redistribuição de riquezas e de reorganização da política distributiva quanto ao custeio dos serviços públicos¹⁰⁵. Sob um prisma de organização administrativa, pode significar uma técnica de desburocratização, propiciando a separação das fases de

¹⁰³ Do que se conclui que o modelo da concessão teve o seu significado jurídico modificado pelo advento da Lei n. 11079/2004.

¹⁰⁴ A hipótese de adicionar-se à receita tarifária subvenção pelo Poder Público é da gênese da construção do instituto. Já em 30 de março de 1916, o Conselho de Estado Francês, no caso que versava a propósito da *Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux*, definia a concessão como um contrato que transferia a um particular a execução de uma obra pública ou a gestão de um serviço público, por sua conta e risco, com ou sem subvenções, com ou sem garantia de lucros, sendo remunerado pela exploração da obra ou pela execução do serviço ou, ainda, diretamente pelos usuários das obras ou beneficiários do serviço público" MARCEAU LONG, PROSPER WEIL, GUY BRAIBANT. BRUNO GENEVOIS. *Les Grands Arrêt de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Dalloz, p. 125.

¹⁰⁵ Esse ângulo da questão apresenta enormes implicações. A vocação deste instrumento para a repartição de ônus sociais, promovendo a solidariedade social, tem sido realçada como um aspecto a justificar a extensão da técnica concessória baseada na posição jurídica do usuário a novas hipóteses ainda protegidas de sua aplicação (tendo-se em conta leituras mais convencionais e com certo cunho de formalismo). A discussão envolve particularmente o propósito de estender o sistema concessório-tarifário a determinados serviços considerados *uti universi*, encontrando-se um meio de individualização da prestação. Um denso estudo sobre o problema é encontrado na tese de CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos do serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 36 e ss.

prestação e controle, quando apenas essa é reservada à Administração¹⁰⁶. Sob um enfoque meramente financeiro, funciona como uma alternativa à implementação de serviços e empreendimentos públicos que não poderiam ser custeados (exclusivamente) pelos cofres públicos. Prende-se aqui com a necessidade de obtenção de capitais privados para a instalação, recuperação e expansão de serviços e obras públicos.¹⁰⁷

Tais como concebidas pelo direito nacional, as parcerias público-privadas estão muito mais associadas à idéia de concessão sob o último enfoque. Configuram um novo modelo de arranjar financeiramente as operações contratuais da Administração, permitindo-lhe utilizar de uma lógica econômico-financeira que pressupõe a promoção antecipada de investimentos pelo capital privado para a execução e administração de empreendimentos (obras e serviços), com pagamento diferido ao longo do prazo de execução dos serviços. O aspecto central da técnica concessória inerente ao modelo das PPPs não está na identidade de quem deverá arcar com a receita do concessionário, se o Poder Público ou o usuário, mas no modo de estruturação dos ajustes, cuja concepção financeira deverá propiciar o financiamento de obras e serviços pelo capital privado, recuperado e remunerado ao longo da exploração do negócio (administrado pelo parceiro privado).

Assim, o sistema tarifário não é mais uma peça-chave na caracterização do modelo concessório no direito brasileiro. Sequer se pode dizer que lhe é inerente¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Pode-se ver a concessão como uma técnica de separação de responsabilidades (responsabilidade-garantia e responsabilidade quanto à execução do serviço). Lembre-se, com PEDRO GONÇALVES, que FLEINER via na concessão um instrumento de desburocratização “que, em relação à actividade concedida, separa as fases da prestação (*Leistung*) e do controlo (*Aufsicht*), deixando em mãos públicas apenas a segunda”. *A concessão...*, p. 22.

¹⁰⁷ Como diz PEDRO GONÇALVES, “O objectivo prosseguido pela Administração com o recurso à concessão é, em muitos casos, prevalentemente económico, o que parece implicar que a privatização da gestão é menos a “causa” do que a “consequência” da decisão de conceder (*rectius*, da decisão de recorrer ao financiamento privado). O poder organizatório implicado na decisão de recorrer à concessão será, nesse caso, sobretudo um poder de definir um modelo de financiamento da execução de uma infra-estrutura pública e não tanto um poder de escolha do modelo de gestão de um serviço público”. *A concessão...*, p. 127 e 128.

¹⁰⁸ Aliás, mesmo antes da edição da Lei n. 11079/2004, algumas hipóteses de concessão já não envolviam o pagamento de tarifas por usuários como forma de remuneração. É o caso das concessões de rádio e televisão. Como explica CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO - situando o aspecto central da concessão na *exploração* pelo concessionário *do próprio serviço concedido* e referindo ao pagamento de tarifa como a regra geral deste sistema remuneratório - “dita exploração poderia ser feita, em alguns casos, por outro meio. É o caso que sucede nas concessões de rádio e televisão (radiodifusão sonora ou de sons e imagens), em que o concessionário se remunera pela divulgação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes. Não se trata de tarifas, e quem paga por isto não será necessariamente um *usuário*. Mas há, aí, igualmente, exploração do *próprio*

O que o caracteriza é uma engenharia financeira muito peculiar que visa a propiciar alternativas negociais à Administração pela atração de capital privado para o financiamento de projetos estruturantes, distribuindo a remuneração do concessionário – pelo Poder Público, pelos usuários, ou por ambos, envolvendo, eventualmente, uma composição com receitas alternativas -, ao longo da execução do serviço e a partir de sua exploração. Daí que as concessões assim consideradas serão contratos de prazos bem alongados e que apresentarão um perfil econômico-financeiro apto a gerar o financiamento de projetos pelo capital privado, cujo retorno advirá de sua exploração econômica, exercida com certa dose de autonomia pelo concessionário.

Outro aspecto que aparece evidenciado nesta nova feição da técnica concessória reside na ampliação de sua utilização para alcançar outras atividades que não aquelas qualificadas como “serviços públicos privativos do Estado”. Na medida em que se reduz o conceito de concessão a uma modalidade de gestão econômica de determinada atividade prestável ao usuário, ou, direta ou indiretamente, à própria Administração, elimina-se a presença do serviço público privativo do Estado como elemento necessário à configuração de seu objeto. Elimina-se, inclusive, a própria figura do usuário com posição ativa de direitos em face do concessionário. Isso se retrata na introdução da figura da concessão administrativa, aplicável a objetos que não necessariamente sejam serviços públicos privativos do Estado¹⁰⁹ - sendo vocacionada também para atividades outras (serviços públicos ou não), cuja característica central está na inaplicabilidade do sistema tarifário convencional, sendo a própria Administração Pública a usuária, direta ou indireta, da prestação.

A introdução da figura da concessão administrativa produz, assim, alteração substancial no conceito da técnica concessória vigente no Direito brasileiro. Exclui a

serviço público concedido”. Curso de Direito Administrativo. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 691.

¹⁰⁹ Com o advento da concessão administrativa, parece-me possível, por exemplo, a concessão de “serviços públicos” de saúde, que pode ser retratada na exploração pelo concessionário da gestão de um hospital público (precedido de sua construção). Essa hipótese rompe com uma tradição em se utilizar a concessão para o trespasse da gestão de serviços subtraídos à livre concorrência. Na clássica lição de MARCELO CAETANO, “O serviço público, para ser concedido, tem de estar legalmente subtraído à livre concorrência. A actividade só pode ser concedida a certa pessoa se não for livre o seu exercício por qualquer pessoa. Por isso é pressuposto da concessão que tal actividade constitua objecto das atribuições da entidade concedente com exclusão de qualquer outra entidade pública ou particular”. *Manual de direito administrativo*, vol. II, 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1100.

figura do usuário do serviço como elemento-chave na configuração de um contrato de concessão. Em muitos casos, não será possível identificar uma relação concessória integrada também por um usuário de serviço público, além do Poder Concedente e do concessionário. Isso faz desaparecer, como traço essencial da configuração do modelo de concessão, seus tradicionalmente reconhecidos “efeitos jurídicos trilaterais”. A concessão passa a funcionar também como uma técnica contratual fechada entre Poder Concedente (ou parceiro público) e concessionário, prestando-se não só a trespassar a gestão de serviços públicos ao concessionário mas também à prestação de serviços à Administração, o que pressupõe inclusive serviços não fruíveis individualmente pelos usuários.

Isso importa, ainda, expurgar do conceito de concessão um outro traço que classicamente a identificou: a sua vocação para instrumentar a delegação de atividades monopolizadas pelo Estado. No regime nacional, a técnica concessória sempre foi utilizada para que a Administração pudesse trespassar a outrem atividades a que o direito lhe reservava o monopólio (assim se passa com as atividades de serviços públicos privativos e com atividades econômicas de exploração monopolizada, como o petróleo etc.). Nesta acepção, a concessão deixa de ser um modo de transferir a terceiros atividades de monopólio estatal, configurando uma modelo abrangente da gestão terceirizada de atividades não privativas do Estado.

Um outro aspecto que não pode ser desprezado reside na alteração da concepção do *risco* envolvido no modelo concessório. A feição convencional da concessão pressupunha (pelo menos em tese) a transferência de parcela de riscos ao prestador, que se encarregava de suportar os riscos de sua exploração econômico-financeira. Isso era uma decorrência do mecanismo de tarifação baseada no risco de utilização¹¹⁰. Com as inovações quanto ao sistema de retribuição do concessionário, especialmente a partir da possibilidade de, na técnica concessória, desvincular o preço pago ao concessionário do risco de utilização (risco de

¹¹⁰ Não se pode deixar de observar que a concepção de que o serviço público era prestado em todos os casos à *conta e risco* do concessionário já vinha sendo relativizada pela admissibilidade quanto à proliferação de fontes alternativas de financiamento da concessão, integradas também por pagamentos fixos providos pela Administração como complementação de receita. Aliás e dada a relevância da manutenção e continuidade do serviço público, a tutela da equação econômico-financeira já garantia a recomposição do equilíbrio contratual em hipóteses de riscos imprevisíveis, deixando à responsabilidade do concessionário apenas a parcela dos riscos ordinários.

exploração do negócio) – hipótese própria da concessão administrativa -, opera-se a relativização do risco que, até então, era inerente ao modelo da concessão¹¹¹. Sem afirmar o desaparecimento do risco na concessão, é perceptível que as novas configurações desta técnica, ainda que não o tenham eliminado, favorecem a sua mitigação (como álea ordinária). Sistemas de retribuição que pressuponham preços pagos pela Administração como usuária direta tendem a reduzir o risco ordinário da exploração do negócio pelo concessionário (caracteristicamente apontado como risco de utilização da infra-estrutura e do serviço)¹¹².

Todas estas inovações do modelo concessório o aproximam, em muitos aspectos, do modelo dos contratos administrativos gerais, de obras e serviços prestados ao Estado (com ênfase no controle de meio e baseados num sistema de retribuição exclusivamente provido pela Administração). Mas ainda são identificáveis traços claramente distintivos entre estes modelos, podendo-se destacar as seguintes características que singularizam o modelo concessório:

- a) configura a concessão um modo de financiamento peculiar de serviços e obras ao Estado, comportando ajustes de longo prazo e com pagamentos diferidos pela Administração, quando envolvida contraprestação pelo Poder Público. Trata-se de uma engenharia financeira vocacionada à diluição do custo financeiro do Estado em projetos estruturantes (desinibindo a realização de projetos que, dada sua dimensão económico-financeira, não seriam viáveis pelo sistema de pagamentos ao tempo do adimplemento das obrigações). A longa duração dos ajustes de concessão reclama uma adequada distribuição dos riscos (inclusive, imprevisíveis) envolvidos no projeto, pressupondo uma repartição eficiente dos riscos, quando cada parte será responsável pelos riscos que melhor tem condição de administrar.
- b) envolve a concessão (como regra) a transferência de certo risco ordinário ao parceiro privado; quando não o *risco de utilização*, o chamado *risco de qualidade*,

¹¹¹ Assim tem se passado em diversos países da Europa continental. MANUEL CONCHA JARAVA anota que “De la concesión tradicional, caracterizada por el principio del “riesgo y ventura”, se ha llegado a la concesión actual, con fórmula de colaboración público-privada más característica a día de hoy, donde dicho principio queda muy mitigado”. “La Participación Público-Privada en La Ejecución de Las Infraestructuras”, *In Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*. Sevilla: Hispalex, 2005, p. 64.

¹¹² Por outro lado, uma nova lógica de distribuição de riscos passa a ser encampada pela legislação no que diz com o modelo concessório. A Lei Geral das PPPs prevê como cláusula necessária do ajuste a pactuação da distribuição dos riscos. Mira-se com o ajuste de PPP uma distribuição eficiente dos riscos, devendo cada parte arcar com os riscos que melhor tem condição de gerir.

baseando-se a retribuição do prestador em padrões de desempenho na execução do serviço.

c) a prestação de serviços e a execução de obras objeto dos ajustes concessório pressupõem sua realização sob o modo de *gestão*. Opera-se a transferência temporária da *gestão* de um serviço (acompanhado, por vezes, da execução de uma obra) ao concessionário, com reserva de direção e orientação pela Administração. Transfere-se, com a concessão, do domínio público para o privado, a responsabilidade quanto à operação de certo serviço público ou de relevância coletiva¹¹³. Esta característica idiossincrática da técnica concessória, que já era acolhida no modelo da concessão comum de serviços públicos – e, daí, por extensão, no modelo da concessão patrocinada --, foi referenciada também à concessão administrativa, que não se coaduna com a estruturação de ajustes com ênfase na regulação dos meios ao cumprimento das obrigações de resultado¹¹⁴

¹¹³ Em parecer que investigou a natureza de contrato cujo objeto foram atividades de apoio à contratação eletrônica do Estado e de suas entidades, DIOGO FREITAS DO AMARAL e LINO TORGAL, após evidenciar uma série de transformações com a definição clássica de concessão, admitindo que o modelo se aplica a atividades prestáveis diretamente à Administração (e remuneradas diretamente pela Administração), chamam a atenção para o aspecto que seria o fator distintivo entre a concessão e a “prestação de serviços para fins de utilidade pública”: a atribuição ao concessionário da responsabilidade, por certo período de tempo, da gestão do serviço público concedido. “Quer dizer, por ela transfere-se da esfera do público para a do privado o essencial o poder decisório relativo à organização e ao *modus faciendi* de certa actividade”. *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 476.

¹¹⁴ Não seria adequado, do ponto de vista taxonômico, aludir, neste particular, a uma substituição das obrigações de meio (que estariam presentes nos contratos administrativos gerais, regidos pela Lei n. 8666/93) por obrigações de resultado (acolhidas pelo modelo das PPPs). Isto porque, a meu ver, tanto nos contratos administrativos gerais, como nas PPPs, prevalecem *obrigações de resultado* a conformar as obrigações do contratado/parceiro privado. O que se verifica é que, naqueles, impera costumeiramente uma regulação mais acentuada quanto aos meios empregados para a obtenção dos resultados visados, na acepção de que serão previamente estipulados em contrato e devidamente controlados pela Administração no âmbito da execução do contrato. A despeito disso, não perdem a feição jurídica de *obrigações de resultado*, pois se espera, com o cumprimento delas, a produção de resultados contratualmente delimitados. Já nos contratos de PPP, assim como nos contratos de concessão, admite-se uma autonomia gerencial mais efetiva pelo contratado, o que se opera à custa da eliminação ou da redução da disciplina dos meios. São obrigações focadas mais em resultados confiados à dinâmica própria da gestão do parceiro privado.

Mas o fato é que esta dicotomia obrigações de meio/obrigações de resultado funda-se (e justifica-se) num propósito de delimitação do tratamento jurídico da responsabilidade do prestador. Originariamente proposta por DEMONGUE, a noção de obrigações de meio pressupõe prestações que não tenham por objeto central o atingimento de certos resultados, contentando-se com o cumprimento de atividades diligentes (em direção a determinados resultados) em benefício do contratante. Já as obrigações de resultado dizem respeito a prestações cujo adimplemento se realiza com a obtenção de certos resultados. O exemplo sempre referido de obrigação de meio é a prestação de serviços profissionais de médicos e advogados, em que não se podem contratar resultados previamente determinados. O objeto da prestação, nestes casos, consiste na execução de meios adequados para se buscar resultados esperados. Evidentemente que, aqui, certos resultados são pretendidos pelas partes, mas a aleatoriedade inerente à natureza destas prestações impede que se

(próprias dos contratos administrativos gerais de prestação de serviços), confiando-se ao concessionário a responsabilidade pela gestão operacional (envolvendo a organização e o funcionamento) do serviço.

Pode-se aludir, para melhor compreender essa faceta inerente ao trespasse de atividades concedidas, a uma distinção classificatória entre *gestão estratégica*, *gestão operacional* e *gestão executiva*¹¹⁵. A *gestão estratégica* consistiria numa função mais elevada quanto à programação do serviço, compreendendo a sua direção, orientação e controle. A *gestão operacional* compreenderia a gestão do *funcionamento* de um serviço em seus aspectos de organização empresarial e operacional da prestação, poder de racionalização de meios etc. Já a gestão executiva se traduziria na execução material das prestações, subtraída do poder decisório de gerir aspectos de organização e de racionalização do serviço. Usando-se desta classificação, seria correto dizer que, na concessão, predomina a gestão operacional, assumindo o concessionário um poder de organização, estruturação material e racionalização da produção das atividades que importam a prestação do serviço.

É claro, então, que quando se alude à gestão operacional do serviço, ainda que sujeita aos controles e tutela da gestão estratégica exercitada pelo poder concedente, pressupõe-se uma certa dose de autonomia no desempenho da gestão pelo concessionário. Essa margem de autonomia está diretamente relacionada e proporcionada à assunção de riscos pelo concessionário. Quando mais se amplia a sua autonomia gerencial e operativa, maiores são os riscos encampados pelo

tomem estas obrigações como obrigações de resultado, pois não existem meios seguros de garantir a efetividade dos fins buscados. Já quanto a obrigações de resultado, podem ser lembrados os exemplos dos contratos de empreitada e de transporte.

Logo e como lucidamente explica GISELA SAMPAIO DA CRUZ, toda obrigação compreende dois elementos: (i) um elemento objetivo que corresponde ao bem ou ao resultado a ser produzido a benefício do credor; (ii) um elemento subjetivo que se traduz no comportamento do devedor em direção a certo resultado. “Em alguns casos, porém, esse resultado final pode não entrar no vínculo, porque depende de fatores estranhos à vontade do devedor, segundo o critério do *id quod plerumque accidit*. Nestas hipóteses, a prestação compreende apenas um comportamento diligente e honesto do devedor com vistas à obtenção do resultado”.

O que parece, então, distinguir as obrigações de meio daquelas de resultado, no que diz com os fundamentos que autorizam sua existência, está justamente no grau de imprevisibilidade que marca a obtenção do resultado nas primeiras. É o fator aleatoriedade o que distingue ambos os tipos de obrigação. “Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado”, *In Obrigações*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 171.

¹¹⁵ A classificação baseia-se, mas não coincide, com a de GUGLIELMI, Gilles. *Introduction au droit des services publics*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 101. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias...*, p. 170 e ss.

concessionário. Não é possível desvincular a assunção de riscos ao negócio da concessão da margem de autonomia (relativa) operativa propiciada ao concessionário. As inúmeras configurações quanto ao aspecto remuneratório da concessão pressupõem riscos financeiros suportados pelo concessionário, os quais variarão conforme o espaço de autonomia operativa que lhe seja inerente¹¹⁶.

Todos estes aspectos que inovam no direito nacional a configuração da técnica concessória não se mostram distanciados da modelagem atualmente acolhida deste instituto no direito estrangeiro.

6.2.1 Uma Brevíssima Incursão Pelo Direito Comparado

Os esquemas tradicionais da concessão de serviços públicos no Direito europeu têm sido postos em xeque a partir de inúmeras transformações legislativas ocorridas nos últimos anos. A nova feição do modelo concessório vem a reboque, sobretudo, da disciplina que lhe tem sido dispensada pelo direito comunitário (ainda que esta se conforme em termos bem genéricos e se atenha mais especialmente aos procedimentos de adjudicação dos contratos).

6.1.1.1 O Direito português

É perceptível no direito português a prevalência na atualidade de uma concepção larga do modelo concessório, que aloja sob sua técnica não só uma pluralidade de alternativas remuneratórias como atividades que fogem a um conceito estrito de serviço público econômico. Bem observa PEDRO GONÇALVES, atento à evolução do modelo das concessões, que “a remuneração do concessionário pelos utentes deixou de ser uma nota típica da concessão”¹¹⁷. De fato, admitem-se neste país concessões de serviços em que o usuário seja a própria Administração. Tal como afirmado por DIOGO FREITAS DO AMARAL e LINO TORGAL, “o essencial, hoje, é

¹¹⁶ Um exemplo está no deslocamento do controle tarifário, em alguns setores, das mãos da Administração para as do concessionário, buscando-se afirmar uma maior responsabilidade de gestão pelo particular. Aludindo ao princípio do controle tarifário, JEAN RIVERO e JEAN WALINE anotam que “ce principe traditionnel est en régression: l'État accepte parfois aujourd'hui, pour accroître, chez les concessionnaires, le sentiment de leur responsabilité quant à la gestion, de leur laisser la maîtrise des tarifs (autoroutes)”. *Droit Administratif*. 18 ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 467.

¹¹⁷ *A Concessão...*, p.129 e 130.

que o concessionário busque a contrapartida da sua actividade no direito de explorar os serviços públicos (...). Ao lado da cobrança de taxas aos utentes como modo de remuneração do concessionário, entende-se, pois, que a mesma pode provir, exclusiva ou cumulativamente, de uma diversidade de outras fontes: prestações financeiras do concedente ou de terceiros; receitas de exploração de actividades complementares ou acessórias da concessão; receitas de publicidade etc.”¹¹⁸

Ilustra essa realidade – observam os autores – “a concessão da concepção, construção, financiamento e construção de uma estação de tratamento de resíduos sólidos feita, por determinado período, por uma associação de municípios a uma empresa particular, e onde a remuneração principal do concessionário consista no pagamento de um preço pela associação por tonelada de lixo depositada”.¹¹⁹

Outro exemplo – lembrado por PEDRO GONÇALVES - é o da concessão do serviço público de televisão, o qual, embora, teoricamente, pudesse admitir a concessão desse serviço sem encargo para o concedente (podendo o concessionário ser pago através de receitas de publicidade, ou seja, dos “resultados financeiros da exploração”), a lei pôs a cargo do concedente o financiamento total do serviço público; é o que se depreende do art. 47 da Lei n. 31-A/98, de 14 de julho (Lei da Televisão)”.¹²⁰

¹¹⁸ *Estudos...*, p. 475. VITAL MOREIRA examina o financiamento das obrigações de serviços públicos em Portugal, aludindo a três hipóteses concebidas para assegurar a compensação a empresa-prestadora do serviço em decorrência de custos adicionais decorrentes de certas obrigações de serviço público (por exemplo: a obrigação de levar ligações elétricas, telefônicas, ou instalação de rede de água ou de gás a localidades afastadas, gerando custos excedentes ao operador): (1) a criação de uma taxa ou contribuição especial, “a pagar por todos os presumíveis utentes em favor da empresa incumbente do serviço público”, sendo essa a solução vigente em Portugal para o serviço público de rádio (a batizada “taxa de rádio”); (2) a imposição da obrigação a todos os operadores desse mercado a contribuírem para um fundo de financiamento das obrigações de serviços públicos, destinado a compensar o operador incumbente; (3) o subsídio público, mediante o repasse de verbas do orçamento público em favor do operador, sendo essa solução adotada para a generalidade dos casos em Portugal, mencionando-se o serviço público de transportes públicos e de televisão. Afirma VITAL MOREIRA que esta solução é a mais discutida no âmbito da UE, “dado que ela constitui uma exceção à proibição genérica das ajudas de Estado às empresas, que é uma das garantias da concorrência. Por isso, uma das regras essenciais deste tipo de financiamento é a de que a compensação de serviço público deve ser adequadamente comprovada quanto aos custos adicionais em que a empresa encarregada das obrigações de serviço público incorre por causa delas, para assim evitar o favorecimento dessa empresa, com esse pretexto”. “Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia”, *In Revista de Direito Público da Economia*, n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 240 e 241.

¹¹⁹ *Estudos...*, p. 473 e 474. Conferir o Parecer n. 1/94 da Procuradoria-Geral da República, *in Diário da República*, II, Série, n. 141, de 21 de junho de 1994, p. 6083 e 6084.

¹²⁰ *A concessão...*, p. 141 e 142.

Poder-se-ia referir, ainda, às conhecidas concessões *SCUT* (sem custos para o utilizador) – inspirada no sistema inglês do *shadow toll* -, introduzidas em Portugal pelo Decreto-Lei n. 267/97, em que se concede a concepção, conservação e exploração de auto-estradas a partir de remuneração provida exclusivamente pelo poder concedente, numa espécie de simulação do sistema tarifário (o poder público arca com o custo das tarifas que seriam pagas pelos usuários). Apesar de agudamente criticada na realidade portuguesa as concessões SCUT, em vista dos impactos gerados nos sucessivos orçamentos públicos, elas bem retratam a proliferação de ajustes concessórios “geneticamente modificados” (por assim dizer), especialmente naquilo que diz com o sistema remuneratório.

É interessante observar a evolução da definição legislativa de concessão de obra pública, particularmente no que diz com seu sistema remuneratório. Em sua aceção tradicional, a concessão de obras públicas era “o contrato administrativo pelo qual alguém se encarrega de executar e explorar uma obra pública cobrando aos utentes as taxas que forem devidas” (art. 1.º, n. 2, do Decreto-Lei n. 405/93 de 1º de dezembro). Com o advento do Decreto-Lei n. 59/99, de 2 de março, a figura passa a definir-se como sendo o contrato que, apresentando as mesmas características da empreitada de obras públicas, “tenha como contrapartida o direito de exploração da obra, acompanhado ou não do pagamento de um preço” (item 4 do art. 2 do Título I)¹²¹. Assim, como bem notado por MARIA JOÃO ESTORNINHO em estudo sobre o direito europeu dos contratos públicos, o elemento distintivo da concessão de obras públicas “passa a ser o direito de exploração da obra, e não necessariamente a cobrança de taxas dos utentes, abrindo-se a possibilidade de haver ou não o pagamento de um preço”¹²².

Aponte-se, também, que Portugal já experimenta a aplicação do modelo concessório aos *serviços públicos administrativos*. Um exemplo disso está nos contratos de gestão e financiamento privados de estabelecimentos de saúde. Nos termos do preâmbulo do Decreto-lei n. 185/2002, de 20 de agosto – que define o regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamento privados -, o

¹²¹ A definição é inspirada na Diretiva n. 93/37/CEE, que definiu a concessão de obras públicas como sendo um contrato que apresenta as mesmas características que a empreitada de obra, “com a exceção de que a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração da obra quer nesse direito acompanhado do pagamento de um preço”. Mais recentemente, a Diretiva 2004/18/CE repetiu a definição.

¹²² *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina: 2006, p. 107.

contrato de gestão constitui um instrumento de natureza concessória que tem por referencial um estabelecimento de saúde prestador, podendo através dele o Estado associar privados na prossecução do serviço público de saúde com transferência e partilha de riscos e recurso a financiamento de outras entidades. O contrato de gestão reveste, assim, a natureza de verdadeiro contrato de concessão de serviço público.

Conclusivo, portanto, que, neste país, as concessões já não se prestam exclusivamente à gestão de serviços públicos económicos e de prestação individual. Em oposição ao entendimento tradicional, “não é mais verdade que apenas sejam susceptíveis de exploração no regime económico de empresa privada os serviços públicos ‘que se resolvem em prestações de fazer aos indivíduos *uti singuli* mediante o pagamento de taxas calculadas sobre a base de formação normas dos preços no respectivo mercado (...)’ quer dizer, serviços públicos económicos ou industriais ou comerciais, na terminologia francesa) de prestação individual”.¹²³ Daí a observação de VITAL MOREIRA a propósito da empresarialização e “corporatização” dos serviços públicos administrativos, mencionando a técnica dos *vouchers* e das tarifas virtuais (em que são pagas pelo Estado, em vez dos utentes), aplicada a hospitais do serviço nacional em Portugal e na Itália¹²⁴.

A expurgação de todos estes elementos classicamente internalizados no conceito de concessão torna o modelo concessório português caracteristicamente amplo, o que supõe o abandono da ideia de que esse sistema necessariamente “pressuponha a assunção de um risco económico-financeiro por parte do concessionário”¹²⁵.

6.1.1.2 O Direito francês

Em termos não tão amplos como em Portugal, a França conhece também uma multiplicidade de configurações quanto ao modo de remuneração de contratos que pressupõem a delegação de serviço público, suplantando – especialmente a partir da evolução do direito comunitário – uma concepção clássica que apontava

¹²³ *Estudos...*, p. 473.

¹²⁴ “Os serviços públicos...”, p. 240 e 241.

¹²⁵ *A concessão...*, p. 142.

como essência do modelo concessório a remuneração advinda de tarifas pagas pelos usuários.

Uma definição convencional e estrita da concessão na França sempre pressupôs a remuneração pelos usuários como um elemento necessário a sua configuração¹²⁶. Mas a evolução do instituto tem levado a doutrina (mesmo a de cariz tradicional) a entender que, se a cobrança de tarifas importa reconhecer uma concessão, esta não pressupõe necessariamente a cobrança de tarifas, sendo que o essencial está em que a remuneração do concessionário provenha dos “resultados da exploração” do negócio¹²⁷.

O instituto da concessão, no direito francês atual, deve ser compreendido como um instrumento que se insere na classe das *convenções de gestão delegada*, com tratamento jurídico distinto dos *marchés publics* (que corresponderiam no direito brasileiro, por aproximação, aos contratos administrativos regidos pela Lei n. 8666/93). Enquanto esses pressupõem o Poder Público como tomador exclusivo do objeto, cuja execução pelo contratado é remunerada por um preço fixo pago pela Administração, a *convention de délégation de service public* é um modelo que alberga uma diversidade de instrumentos contratuais caracterizados por envolver a delegação de um serviço público, cuja remuneração do delegatário deverá advir (pelo menos substancialmente) dos resultados da exploração do serviço.

A necessidade de organizar sob diferentes formas a delegação do serviço público, inclusive sob o prisma da remuneração do delegatário, produziu na experiência histórica francesa o surgimento de diversos tipos contratuais: *concession*, *affermage*, *régie intéressée*, *gérance*, *bail emphytéotique* et *convention accessoire* e *marché d'entreprise de travaux publics*¹²⁸. Cada qual se prestava a vestir certa forma de organização do serviço e de remuneração do particular.

Assim, enquanto a *concession* comportava a delegação ao concessionário da gestão do serviço público ou de obra pública, por sua conta e risco, outorgando-

¹²⁶ CE 11 décembre 1963, Ville de Colombes, p. 612; 10 avril 1970, Beau et Lagarde, p. 243, CJEG 1971, p. 195, note J. Virole; Sect. 26 novembre 1971, Soc. Industrielle de fertilisants humiques, p. 723, AJ 1971, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes, RDP 1972, p. 239, concl. M. Gentot et p. 1245, note M. Waline. In CHAPUS, René. *Droit administrative general*, t. 1. 12 ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 587.

¹²⁷ LAUBADERE, André. MODERNE, Franl. DELVOLVE, Pierre. *Traité des contrats administratifs*, t. 1, 2. ed. Paris, 1983, p. 297.

¹²⁸ Consulte-se RICHER, Laurent. *Droit des Contrats Administratifs*. 4^a. ed. Paris: LGDJ, 2004, p. 499 a 506.

lhe o direito de exploração do negócio mediante a arrecadação de tarifas pagas pelos usuários, a *affermage* diferenciava-se por uma coletividade confiar unicamente a exploração de um serviço público ou de uma obra pública ao contratado, reservando-se a obrigação quanto à realização dos investimentos (risco de capital) à criação e expansão da infra-estrutura (livrando o *fermier* destes investimentos). Como contrapartida ao direito de exploração, o *fermier* repassava à Administração uma remuneração, percebendo um montante que em regra correspondia à diferença entre a arrecadação tarifária (procedida pelo contratado em nome da coletividade) e o repasse dos valores à coletividade.¹²⁹

Na *régie intéressée*, a coletividade financia o estabelecimento de um serviço público e confia sua gestão a uma pessoa privada, que é em geral remunerada pela coletividade. Essa remuneração será um preço fixo conjugado com uma parcela dos resultados obtidos que excederem certo patamar. O diferencial é que neste modelo o delegatário atua por conta da coletividade (e não à sua própria conta, como ocorre na concessão)¹³⁰. Há tarifas pagas pelos usuários diretamente à Administração, que, por sua vez, paga o *régisseur* um preço que pode basear-se em risco de utilização e em risco de qualidade.

A *gérance* por muito tempo foi um modelo não exatamente reconduzido à delegação de gestão do serviço. Pressupõe que os benefícios e prejuízos da exploração da atividade do serviço público são conservados pela Administração, que confia a um privado a atribuição da gestão do serviço público. Ante a possível ausência de transferência dos riscos de exploração ao privado, recebeu

¹²⁹ A *affermage* pode ser reconduzida, na prática contratual norte-americana a um tipo *O&M contract - operation and maintenance contract or lease*. “A private partner operates and maintains a publicly owned facility under a management contract with the sponsoring government, which owns the facility. (...) the private partner has overall responsibility for operating and maintaining the system (...) and makes the day-to-day decisions; it does not assume any of the capital risks”. SAVAS, E. S. *Privatization and Public Private Partnerships*. New York: Seven Bridges Press, 2000, p. 242.

¹³⁰ RICHER, Laurent. *Droit des Contrats...*, p. 502. No dizer de FRANÇOIS LLORENS, “La régie intéressée et la gérance se rapprochent de la concession par leur objet qui consiste en la devolution d’un service public au cocontractant. Elles s’en distinguent, en revanche, par le mode de remuneration de ce dernier qui ne consiste pas en la perception de redevances sur les usagers, ni en des recettes liées ao résultat financier de l’exploitation, mais en une somme forfaitaire verse par l’Administration, complete par un intéressement au résultat materiel de l’exploitation dans le cas de la régie intéressée et, parfois, dans celui de la gérance. Elles se distinguent également de la concession par le fait que le cocontractant ne supporte pas les frais de premier établissement et la circonstance que le contrat peut ne porter que sur une brève durée”. “La Définition Actuelle de la Concession de Service Public en Droit Interne”, *In La Concession de Service Public face au Droit Communautaire*. Paris: Sirey, 1992, p. 50.

historicamente da doutrina o tratamento de *marche public* (e não de delegação de serviço público).

A *bail emphytéotique et convention accessoire* funciona na base de uma autorização de edificação a ser realizada pelo privado em imóvel pertencente a uma coletividade pública, com cláusula complementar (*convention accessoire*) de direito de exploração do bem pelo privado, revertido ao final do contrato ao domínio público¹³¹.

E, por fim, a *marché d'entreprise de travaux publics* (METP), considerada por muitos como um tipo de *marché public*. Trata-se de um contrato pelo qual a Administração confia a exploração de uma obra pública e a prestação de serviços a um particular, mediante remuneração que consiste principalmente em preço pago em períodos regulares¹³². Para que se qualifique o contrato como MET, as atribuições do contratado têm de confundir-se com a função própria da infraestrutura, não bastando que se encarregue de serviços adjacentes ou secundários. Assim, um contrato pelo qual o contratado encarregue-se de construir um hospital público e, posteriormente, assumir a prestação de serviços acessórios de limpeza e manutenção do prédio, não poderia subsumir-se à categoria de MET; seria necessário que os serviços associados à infra-estrutura fossem serviços de saúde.

Alguns destes instrumentos restaram unificados debaixo do mesmo regime de *convention de délégation de service public*, a partir, principalmente, do advento da Lei Sapin, de 29 de janeiro de 1993¹³³. A *concession* e a *affermage*, principais modalidades de delegação do serviço público, são automaticamente alojadas pela doutrina francesa nesta classificação. Já a *marche d'entreprise de travaux publics* tem sido tomada por espécie de *marché public*, conforme orientação, inclusive, manifestada pelo Conselho de Estado¹³⁴. Em relação à *régie intéressée* e à *gérance*, há uma tendência a reconduzi-las ao tipo de convenção de gestão delegada.

¹³¹ RICHER, Laurent. *Droit des contrats...*, p. 505.

¹³² COSSALTER, Philippe. "A Private Finance Initiative", *In Parcerias Público-Privadas* (coord. Eduardo Talamini e Mônica Spezia Justen). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 473.

¹³³ O art. 38 da Lei de 29 de janeiro de 1993, modificada pelo art. 3 da Lei n. 1168 de 11 de dezembro de 2001, assim define a delegação de serviço público: "Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service".

¹³⁴ CE, 8 février 1999, Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de La Ciotat.

Verifica-se, então, que uma peculiaridade do direito francês em matéria de contratos que têm por objeto delegação de um serviço público (industrial ou administrativo) está na diversidade de figuras que se alojam neste gênero, sendo a concessão apenas uma das modalidades dos contratos de *gestão delegada*.¹³⁵

Há um julgado paradigmático referenciado pela maioria da doutrina francesa cuja orientação admite que a remuneração na *delegação* de serviços públicos seja suportada pela Administração, desde que decorra *substancialmente*¹³⁶ dos resultados da exploração. Trata-se do caso *Préfet des Bouches-du-Rhône*, de 15 de abril de 1996¹³⁷. Assim, “quando a remuneração do co-contratante não decorre, de maneira substancial, dos resultados da exploração”, o Conselho de Estado tem considerado que se aplica o Código de *marchés publics* em prejuízo da Lei *Sapin*¹³⁸. Como aponta CHRISTOPHE GUETTIER, uma remuneração indiferente à *performance da exploração* e independente dos *resultados financeiros da exploração* permite identificar a existência de um *preço*, elemento característico da *marchés publics*, e descartar a qualificação de *délégation de service public*¹³⁹.

A evolução da jurisprudência retrata, especialmente a partir do ano de 1999, o acolhimento do critério do *risco-exploração* a pautar o enquadramento dos contratos no regime de *délégation de service public* ou de *marchés publics*. Exemplos desta posição estão nos julgados *Commune de Guilhaumand-Granges*¹⁴⁰ e *SMITOM*¹⁴¹ proferidos pelo Conselho de Estado.

¹³⁵ É interessante notar que as possibilidades de arranjos negociais introduzidas no direito nacional com a Lei n. 11079/2004 sob o rótulo de *concessões* já eram, de algum modo, em França objeto das espécies de gestão delegada de serviços públicos. Assim se passa com a *marché d'entreprise de travaux public* cuja configuração pode ser reconduzível a certas aplicações do modelo da *concessão administrativa* (comportando a construção de uma obra pública com direito de exploração pelo concessionário a partir de remuneração provida da Administração Pública).

¹³⁶ Observa PAUL LIGNIERES que “La jurisprudence Préfet des Bouches-du-Rhône laissait planer une incertitude liée à l'absence de précision du terme «substantiellement»”. *Partenariats publics privés*. Paris: Litec, 2000, p. 196.

¹³⁷ CE, 15 de abril de 1996. *Préfet des Bouches-du-Rhône*, req. N. 168235. In LIGNIERES, Paul. *Partenariats...*, p. 196. GUETTIER, Christopher. *Droit des contrats administratifs*. Paris: Universitaires de France, 2004, p. 16 e 17

¹³⁸ LIGNIERES, Paul. *Partenariats...*, p. 196.

¹³⁹ GUETTIER, Christopher. *Droit des contrats...*, p. 17.

É neste sentido que GILLES GUGLIELMI vê hoje na concessão uma particularidade negativa – a remuneração do concessionário não está garantida pela pessoa pública concedente –, sendo que a sua definição clássica incluía uma particularidade positiva: a remuneração do concessionário deveria estar garantida mediante remuneração advinda dos usuários do serviço público. *Gestión Privada de los Servicios Públicos*. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004, p. 112 e 113.

¹⁴⁰ Explica LUCIEN RAP, em seu *Les Progres de L'analyse Economique des Contrats Publics*, a propósito do julgado *Commune de Guilhaumand-Granges*, de 7 de abril de 1999, que “le Conseil d'Etat a jugé qu'un contrat intitulé traité de gérance passé par une commune avec une entreprise est en

Daí porque PHILIPPE COSSALTER reconhece, com apoio nestes julgados, que “uma remuneração exclusivamente paga pela Administração não parece constituir um obstáculo à qualificação como convenção de delegação de serviço público”¹⁴².

Bem se vê, então, que o direito francês acolhe uma multiplicidade de modelos de delegação, disponibilizando à Administração diversos modos de transferir a prestação do serviço e obra públicos aos particulares. Esta amplitude refere-se não somente à variedade dos sistemas remuneratórios relacionados aos instrumentos de delegação, mas, também, à possibilidade de estender pontualmente estas convenções a certos *serviços administrativos* (excluindo-se aqueles que importem em atividades essenciais e indelegáveis) – categoria que, no Direito brasileiro, não seria reconduzida ao conceito técnico de serviço público (o qual corresponderia, por sua vez, por aproximação, no direito francês, ao serviço público

réalité un marché relevant des dispositions du Code des Marchés. Le Conseil d'Etat s'appuie explicitement sur le mécanisme de rémunération prévu qui se décomposait en l'espèce en deux ensembles: d'une part, en ce qui concerne la gestion du service de distribution d'eau potable dont il s'agissait, une partie fixe et une partie proportionnelle correspondant respectivement à la location de compteur et au volume d'eau distribuée; d'autre part, en ce qui concerne la gestion du service d'assainissement, une part proportionnelle au volume d'eau“. Neste julgado, C. BERGEAL, Comissário do Governo, em suas conclusões, propõe identificar a existência de um *risco* a partir do mecanismo de remuneração escolhido, anotando que: “il nous semble qu'un transporteur assume un risque, lorsque sa rémunération qu'elle soit directe ou transite par la collectivité dépend directement du nombre des voyageurs qu'il prend en charge. En revanche faire varier la rémunération d'un gestionnaire d'eau en fonction du nombre de m3 d'eau qu'il livre ne nous permet pas de mettre à sa charge aucun risque réel. La consommation, et moins encore celle de l'assainissement en effet, à la différence de celle du transport public n'a pas d'alternative pour le consommateur et elle est pour partie indépendante du prix. Le délégataire se voit en l'espèce garantir par les contrats litigieux une rémunération totalement indifférente à la performance de l'exploitation. Plus il fournira d'eau, plus il traitera de volumes d'eaux usées, plus il sera rémunéré. Sa rémunération est entièrement indépendante des résultats financiers de l'exploitation». *Les Progres de L'analyse Economique des Contrats Publics*, in <http://www.idlo.int/bibliotheque/index.htm>.

¹⁴¹ SMITOM - Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais (30 de junho de 1999). O Conselho de Estado destacou que: “«un contrat dans lequel la rémunération du co-contractant était composé d' une part d' un prix payé par le SMITOM pour le traitement des déchets collectés auprès des adhérents de celui-ci et d' autre part d' une partie variable provenant tout à la fois des recettes d' exploitation liées au traitement des déchets collectés auprès d' autres usagers que les adhérents du SMITOM, de la vente de l' énergie produite et des éventuelles recettes supplémentaires liées aux performances réalisées dans la traitement des déchets collectés auprès des adhérents du syndicat» (...), même si « le prix payé par le SMITOM devait être d' environ 30% de l' ensemble des recettes perçues par le co-contractant du SMITOM» (...) doit «être analysé non comme un marché, mais comme une délégation de service public » (...) «la rémunération prévue pour le co-contractant du SMITOM (étant) substantiellement assurée par les résultat de l' exploitation».

¹⁴² A “Private Finance Initiative”, In *Parcerias Público-Privadas* (coord. Eduardo Talamini e Mônica Spezia Justen). São Paulo: RT, 2006, p. 470.

comercial ou industrial). O Conselho de Estado, inclusive, já reconheceu essa possibilidade¹⁴³.

Mais recentemente, essa amplitude parece ter sido alargada com a tipificação em França do modelo dos contratos administrativos de *Partenariat Public-Privé* (através da *Ordonnance* n. 2004-559 de 17 de janeiro de 2004), que são contratos pelos quais o Estado ou um estabelecimento público confia a um terceiro, por um período determinado em função da duração da amortização dos investimentos ou das características do financiamento, uma missão global relativa ao financiamento de investimentos imateriais, de obras ou de equipamentos necessários ao serviço público, à construção ou transformação de obras ou equipamentos, assim como à sua manutenção, exploração e gestão, podendo abranger ainda outras prestações de serviços que concorram ao exercício da pessoa pública e à missão de serviço público da qual é encarregada¹⁴⁴.

Trata-se, como se vê, de um modelo que permite a participação dos privados em um amplo espectro de possibilidades. À semelhança do modelo das PFIs britânicas (seguindo a linhagem dos modelos concebidos em outros países europeus), consiste num formato a permitir o financiamento privado em projetos estruturantes. A forma de pagamento se faz em função de um preço pago pela pessoa pública ao terceiro-parceiro, que se dilui durante toda a duração do contrato.

6.1.1.3 O Direito espanhol

À semelhança de Portugal e França, a Espanha também conhece uma diversidade de modalidades contratuais subjacentes à técnica concessória. Mais recentemente, houve neste país uma ampla reforma do modelo, introduzindo-se

¹⁴³ CE, Avis du 7 octobre 1986. (Les services publics administratifs peuvent faire l'objet de convention de délégation de service public).

¹⁴⁴ Comentando os diversos modos de gestão (estatal e privado, em suas múltiplas configurações) de serviços no direito francês (a partir também surgimento do modelo de *Partenariat Public-Privé*), observa JACQUES CHEVALLIER que "Cette diversification des modes de gestion entraîne la coexistence, au sein de l'appareil administratif, de structures très dissemblables: à côté des services anciens, de type régalién, qui continuent à être gérés en régie, on trouve des services administratifs implantés sur tout le territoire (établissements d'enseignement, hôpitaux), ainsi que des grandes entreprises publiques de réseaux (...), mais aussi une myriade d'établissements, publics ou privés, spécialisés, qui assument des tâches extrêmement variées..." *Le Service Public*. 6.^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2006, p. 109.

uma regulamentação detalhada e específica a propósito da concessão de obra pública (Lei 13/2003).

Os contratos de *gestão de serviços* estão previstos na Lei de Contratos das Administrações Públicas (LCAP), cujas modalidades são a *concessão*; a *gestão interessada*, o *concerto* e a *sociedade de economia mista*. Mas estas podem ser reconduzidas – como diz VILLAR EZCURRA – a um conceito genérico de concessão (que seria uma espécie de *supraconceito*), cuja essência consiste “na transferência a um terceiro de título habilitante para o exercício de uma atividade, cuja titularidade é atribuída a uma Administração Pública – o fato de que o conteúdo deste título habilitante se defina pelo “risco e conta” (concessão pura), “risco compartilhado” (gestão interessada e empresa mista) ou o fato de que as instalações sejam de propriedade do gestor (concerto) em nada obsta para outorgar esse título de qualificação de concessão”¹⁴⁵.

Essas modalidades de gestão de serviços públicos são contraponíveis aos contratos de prestação de serviços à Administração, em regime de terceirização. A distinção entre as espécies reside em que nos primeiros os destinatários dos serviços que presta o contratante são os usuários de serviços públicos e não a Administração. Esse critério distintivo entre estas espécies – do *destinatário* do serviço – tem sido acolhido pela Junta Consultiva de Contratação Administrativa¹⁴⁶.

Contudo, por influência do direito comunitário e atendendo a uma necessidade de evolução quanto aos modos de financiamento de projetos estruturantes, a Espanha editou a Lei de Concessão de Obras Públicas (n. 13/2003), de 23 de maio de 2003, introduzindo na LCAP uma série de atualizações quanto ao regime dos contratos de concessão de obras¹⁴⁷. O objeto desses contratos consiste

¹⁴⁵ “Las Infraestructuras Públicas”, *In Principios de Derecho Publico*. Madri: Ariño e Asociados, 2004, p. 709.

¹⁴⁶ Conforme “El contrato...”, p. 758.

¹⁴⁷ Os itens 1 e 2 do art. 220 da LCAP definem a concessão de obra pública nos seguintes termos: “1. Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título. 2. La construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los

na realização de uma obra pública associada ao direito do concessionário explorá-la por um longo período compatível com a amortização do capital investido. O elemento essencial desta configuração está na suscetibilidade de exploração econômica da obra¹⁴⁸, mediante a prestação de um *serviço público* ou de uma *atividade econômica de interesse geral*, o que pressupõe a existência de *risco de utilização* a configurar o mecanismo remuneratório¹⁴⁹. A remuneração do concessionário provém fundamentalmente da tarifa paga pelos usuários. Mas também pode advir integralmente da própria Administração. Esta hipótese veio expressamente contemplada no art. 246.4 da LCAP¹⁵⁰, quando a Administração assume o pagamento das tarifas como se usuário fosse (numa formatação batizada de *pedágio-sombra*, que se reconduz ao modelo do *shadow toll* do direito inglês e das concessões SCUTs de Portugal). Contudo e como observa a doutrina, a hipótese não importa em suprimir o risco próprio da concessão, eis que o pagamento se fará pela utilização da infra-estrutura, não sendo por isso um “seguro” ou um pagamento da obra ou de sua exploração¹⁵¹.

A LCAP também prevê hipóteses de receitas alternativas (exploração de zonas comerciais vinculadas à concessão) a complementar a remuneração do concessionário, bem assim o aporte de recursos públicos pela Administração

distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente”.

¹⁴⁸ Consta da exposição de motivos da Lei n. 13/2003: “En la nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas, la obra pública, como realidad tangible que admite la posibilidad de su explotación económica, constituye el principal factor para definir su objeto, factor al que se unirá el interés que la construcción de la obra merezca a la Administración concedente. En este punto conviene asimismo precisar que la obra cobra su cabal significado para posibilitar el contrato cuando es susceptible de constituirse en soporte instrumental para la ejecución de actividades y servicios varios de interés público, incluido el que pueda desprenderse de su propia naturaleza cuando se destine al general uso o aprovechamiento”.

¹⁴⁹ GANDÁSEGUI, Francisco Sanz. “El concepto de contrato de concesión de obras públicas (arts. 5, 7, 220 a 225)”, *In Comentarios a la nueva ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madrid: Civitas, 2003, p. 104. Como destacado na exposição de motivos da Lei n. 13/2003, “Debe destacarse, sin embargo, que la asunción de riesgo en «proporción sustancial» por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación. La Ley responde así, sin ambigüedades, a las exigencias de la doctrina y conclusiones de la Comisión Europea, expuestas en su Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, publicada en el «Diario Oficial de la Comunidad Europea» de 29 de abril de 2000. Esta doctrina del riesgo informa en consecuencia la regulación que la Ley hace de la concesión de obras públicas”.

¹⁵⁰ “La retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

¹⁵¹ A hipótese se reconduz no direito brasileiro a uma das vocações da concessão administrativa (quando aplicada a serviços públicos que, ainda que passíveis do sistema tarifário convencional, têm a tarifa arcada pela própria Administração por decisão política).

(subvenções etc.), que, adicionados à receita tarifária, destinam-se a garantir a viabilidade financeira da concessão¹⁵². Admite-se, inclusive, que a Administração participe do financiamento da execução, promovendo pagamentos ao concessionário durante a execução das obras ou ao seu final¹⁵³.

Cabe agregar que a há projeto de Lei de Contratos do Setor Público (já aprovada no segundo semestre de 2006), que estabelece uma distinção entre as diversas tipologias de contratos, distinguindo também os contratos de *concessão de obra* (tipificados pela Lei de 13 de maio de 2003) dos contratos de *colaboração entre o setor público e o privado* (com tipificação introduzida pelo Projeto)¹⁵⁴. Estes serão contratos pelos quais a Administração encarregará um contratado privado, por um período fixado em função das condições de financiamento de seu custeio, à

¹⁵² O item 3 do art. 224 reza que “Cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, o préstamos participativos de acuerdo con lo establecido en el artículo 236 y en la sección 2ª del capítulo III de esta Ley y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario”. No art. 247, dispõe-se que: “Las Administraciones públicas podrán otorgar al concesionario las siguientes aportaciones a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra: a) Subvenciones al precio, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, aprobados por el órgano de contratación para ser aportados desde el inicio de la explotación de la obra, o en el transcurso de la misma cuando se prevea que vayan a resultar necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados en su caso por los mismos se ajustarán a los términos previstos en la concesión. b) Ayudas en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad”.

¹⁵³ Art. 245 – “Las Administraciones públicas podrán contribuir a la financiación de la obra mediante aportaciones que serán realizadas durante la fase de ejecución de las obras, tal como dispone el artículo 236 de esta Ley, una vez concluidas éstas, o al término de la concesión, cuyo importe será fijado en los pliegos de condiciones correspondientes o por los licitadores en sus ofertas cuando así se establezca en dichos pliegos. En los dos últimos supuestos, resultará de aplicación la normativa sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total, salvo en la posibilidad de fraccionar el abono”.

¹⁵⁴ Nos termos do artigo 11 do Projeto, este tipo recebeu a seguinte definição: “Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”.

execução de um conjunto de atribuições integradas, que poderá abranger obras, fornecimentos e serviços para o cumprimento de determinados objetivos do serviço público ou de atuações de interesse geral. Assim como na concessão, há uma ampla autonomia gerencial do contratado-colaborador, que poderá assumir, nos termos previstos no contrato, a direção das obras que sejam necessárias, a contratação de serviços necessários, assim como realizar os projetos para sua execução. Mas é quanto à remuneração que o Projeto parece ter autonomizado este tipo relativamente à concessão de obras, estabelecendo a remuneração do contratado como um *preço* (que não se identifica com a exploração comercial da obra) que poderá estar vinculado ao cumprimento de determinados objetivos de rendimento.

6.1.1.5 O Direito europeu comunitário

Todas estas transformações e atualizações que se verificam no direito europeu decorrem especialmente da penetração do direito comunitário nos países-membros. É bastante visível – como pontua PIERRE DELVOLVÉ¹⁵⁵ –, no direito comunitário das concessões, o acolhimento da diversidade quanto aos modos de remuneração do concessionário. Não seria um exagero reconhecer que vem prevalecendo, neste domínio, um critério eminentemente financeiro de configuração das modalidades de contrato – que se reporta, particularmente, aos modos de remuneração do contratado.

A noção que predomina no direito comunitário acerca do modelo concessório (de obras) é de cunho *funcional*, que, “indiferente às qualificações jurídicas adoptadas nos ordenamentos nacionais, visa abranger diversos tipos de montagens jurídico-financeiras ou de contratos”, nos quais - diz MARIA JOÃO ESTRONINHO – “pese embora a remuneração não resulte exclusivamente do pagamento de taxas pelos utentes, não se pode, todavia, considerar que existam contratos de empreitada”¹⁵⁶.

No esforço de distanciar os contratos concessórios do contrato de empreitada de obras, o direito comunitário definiu a concessão de obras públicas

¹⁵⁵ «La concession de service public et le droit communautaire – Rapport de synthese», *In La Concession de Service Public face au Droit Communautaire*. Paris : Sirey, 1992, p. 109.

¹⁵⁶ *Direito europeu...*, p. 108.

como sendo um contrato que apresenta as mesmas características que a empreitada de obra, “com a exceção de que a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração da obra quer nesse direito acompanhado do pagamento de um preço” (definição referida pela Diretiva n. 93/37/CEE e repetida na Diretiva 2004/18/CE).

Recorde-se que uma importante orientação foi a “Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário”, de 29 de abril de 2000. Ali se percebe a acolhida do risco como elemento fundamental na qualificação do contrato de concessão (de obra). Reconhece-se uma concessão, ainda que haja preço suportado pela entidade adjudicante da obra, desde que não se elimine o risco inerente à exploração do negócio.

Um problema que pode ser apontado, mais recentemente, reside na complexidade em se distinguir as diversas modalidades contratuais praticadas para fins de aplicação do direito comunitário, o que envolve particularmente o acolhimento de critérios de distinção entre o modelo concessório e o modelo de parcerias público-privadas. A recente preocupação do Direito comunitário com o modelo das parcerias público-privadas tem provocado dificuldades especiais quanto a sua distinção com os contratos concessórios. Pode-se dizer que o debate sobre o problema das definições da *concessão* de dos contratos de *parceria público-privada* é atual e não conclusivo até o presente estágio

Refira-se, ainda, o Parecer do Comitê Econômico da U.E. sobre o “Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões”, adotado em sessão de 27 de outubro de 2004¹⁵⁷, que traz uma série de críticas à ausência de definições satisfatórias sobre as concessões e os contratos de PPP pelo direito comunitário¹⁵⁸, afirmando-se que “o

¹⁵⁷ Publicado no *Jornal Oficial* nº C 120 de 20/05/2005 p. 0103 – 0110.

¹⁵⁸ Cumpre notar que, perante o direito comunitário, tanto o contrato concessório como o contrato de obras podem ser reconduzidos ao conceito de PPP (que é largo). No dizer de um comunicado recente sobre o tema: “Todas as PPP podem ser qualificadas – desde que se inscrevam no âmbito do Tratado CE – como contratos públicos ou concessões. Contudo, dado existirem diferentes regras aplicáveis à adjudicação de contratos públicos e de concessões, não existe um procedimento uniforme de adjudicação no direito da CE especificamente destinado às PPP”. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões Sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário sobre Contratos Públicos e Concessões*. Bruxelas, 15.11.2005. Comissão das Comunidades Europeias. COM(2005) 569 final. Esta classificação assume relevância a propósito dos procedimentos de adjudicação dos contratos. Neste particular, a Comissão não revela pretensão de unificar os procedimentos de adjudicação em PPPs, mantendo-se as especificidades dos contratos de obra e

direito europeu não conseguiu dar definições realistas e úteis das PPPs e das concessões. As noções de PPP e de concessão de obras públicas e de serviço público na legislação comunitária são inexistentes ou discutíveis”. E anota que “a crítica da noção actual incide sobre: - a ligação estabelecida entre as concessões e a noção de contratos de empreitadas de obras; - a ausência de dissociação dos contratos de longa e dos de curta duração, que representa a fronteira do financiamento externo à entidade administrativa e, como tal, o suporte da delegação; -- a ausência de tratamento das propostas autónomas de concessões do sector privado”.

O mesmo Parecer, negando que a definição de concessão, e, mais amplamente, a de delegação, se apoia num único critério: o risco ou o pagamento¹⁵⁹ – como considerado pela Directiva 93/97 --, identifica a concessão e a parceria público-privada como “o contrato ou o acto unilateral através do qual uma autoridade pública atribui direitos específicos a uma organização externa para “conceber, construir, financiar, manter e gerir” uma infra-estrutura ou um serviço por um período longo e determinado, denominando-se “concessão” quando a empresa é remunerada com um valor pago maioritariamente pelos utilizadores”; e “contrato de parceria público-privada quando a remuneração é efectuada maioritariamente pela autoridade pública”.

Todo este panorama que se extrai de uma rápida incursão pelo direito comparado revela que a modelagem nacional das PPPs – que introduz uma nova configuração da técnica concessória - não destoa da experiência estrangeira. Aliás, a doutrina nacional¹⁶⁰ já se ocupou (recentemente) do esforço de evidenciar a

dos contratos concessórios. Como se nota daquele Comunicado: “Neste contexto, a Comissão perguntou às partes interessadas se gostariam de ver nova legislação, abrangendo o conjunto das PPP contratuais, independentemente de serem qualificadas contratos públicos ou concessões, que as subordinasse aos mesmos procedimentos de adjudicação (questão 7 do Livro Verde). A consulta revelou uma oposição forte dos intervenientes a um regime normativo que abrangesse todas as PPP contratuais, independentemente de serem designadas contratos ou concessões. Assim, a Comissão não pretende subordiná-las a procedimentos idênticos de adjudicação”.

¹⁵⁹ Nos termos do Parecer, afirma-se que: “o CESE considera que, ao contrário do que faz a comunicação interpretativa de Abril de 2000, não podemos limitar-nos a considerar que o contrato (de concessão) se resume à simples assunção de risco de exploração, pois tal representaria uma visão demasiado parcial e limitativa do tipo de contratos em questão” (...) “Um contrato de concessão ou de PPP não se pode resumir, sem referência à duração, a uma transferência de risco de exploração, uma vez que se trata, sobretudo, de transferir para o candidato seleccionado a concepção, a construção, o financiamento e a gestão-manutenção de uma obra ou de um serviço”.

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 96 a 105.

pluralidade de configurações do modelo concessório, descartando leituras reducionistas da concessão, o que reforça a idéia de que o surgimento do modelo das PPPs retrata também uma evolução acerca de técnicas já conhecidas do direito brasileiro.

6.1.2 A Constitucionalidade dos Modelos Concessórios Trazidos com a Lei das PPPs

O acolhimento de uma pluralidade de configurações do modelo concessório no direito brasileiro pressupõe a inexistência de traços rígidos desenhados pela Constituição na conformação do instituto da concessão. De fato, a Constituição não prescreveu um modelo único de concessão, vestindo-a com um figurino definido. Sequer cuidou de delinear notas mais genéricas a caracterizar minimamente a concessão. É inferível do texto constitucional apenas a referência ao instituto como via própria para a delegação pela Administração da prestação de certas atividades (serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito) a terceiros. Sua previsão, entre outros registros, acha-se no artigo 175, que prescreve incumbir ao poder público, “na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Em seu parágrafo único, tem-se a previsão de aspectos do contrato de concessão e da prestação do serviço público cuja regulação restou delegada ao legislador infraconstitucional.

Daí que a configuração do tipo concessório, como contrato administrativo que é, restou ao encargo do legislador infraconstitucional no exercício da competência lhe deferida pelo inciso XVII do art. 22 da Constituição. Assim é que o tema restou regulado pela Lei n. 8987/95, e, posteriormente, pela Lei n. 11079/2004 – que introduziu novas modalidades concessórias, a partir também da veiculação de normas gerais (e especiais) pela União.

Portanto, conflito algum há entre as novas hipóteses de concessão e o texto constitucional.

A despeito dessa evidência, não tem sido incomum a oposição de argumentos pela inconstitucionalidade dos novos modelos concessórios trazidos com a Lei n. 11079/2004. Uma crítica recorrente consiste em identificar uma

necessária associação feita pelo texto constitucional entre a concessão e o sistema tarifário, o que importaria em tomar a concessão administrativa por inconstitucional. Tem-se inferido da dicção do § único do inciso III do artigo 175 da Constituição a existência de tarifação como um pressuposto necessário à configuração do modelo concessório, limitador de seu figurino legal. Aplicado às parcerias público-privadas, o raciocínio importaria considerar inconstitucional a concessão administrativa, que pressupõe o custeio da concessão integralmente pela Administração Pública — o que se traduz na inexistência do sistema tarifário ou em fixação de tarifa zero aos usuários¹⁶¹ —, na condição de sua usuária direta ou indireta (§ 2º. do art. 2. da Lei n. 11079/2004).

O raciocínio parece-me improcedente, por diversas razões.

Primeiramente e no plano de uma leitura ainda gramatical, entendo ser excessiva a crítica articulada pela evidência de que o texto constitucional nada referiu acerca de uma vinculação *necessária* entre sistema tarifário e remuneração da concessão. A leitura do artigo 175 não autoriza aquela conclusão. O fato de o dispositivo ter previsto a instituição de “política tarifária” – aspecto intimamente conectado ao tratamento legal do *serviço público* – não importa dizer que em todos os casos a concessão deverá pressupor a aplicação do sistema tarifário. Isto é: dali não se tira que a tarifa consistirá na única hipótese de remuneração do modelo concessório, nem mesmo que ela se afigurará como elemento minimamente necessário à configuração da concessão¹⁶². A previsão referida deve-se à razão de que o serviço delegado *poderá* (e não *deverá*) pressupor a aplicação do sistema tarifário em muitos casos. Se assim é, perfeitamente explicável que a Constituição

¹⁶¹ Pressupondo-se a existência de duas espécies de concessão administrativa, a concessão administrativa de serviços públicos (a que pressupõe a simulação do sistema tarifário mas, com pagamento provido integralmente pela Administração – cuja referência está no modelo *shadow toll*) – e a concessão administrativa de serviços ao Estado (que pressupõe a inexistência do sistema tarifário), poder-se-ia sustentar que a crítica se restringiria à segunda espécie. A concessão administrativa de serviço públicos baseada no modelo de pedágio sombra não importa necessariamente na eliminação do sistema tarifário, mas apenas em substituir a fonte pagadora, deslocando-a dos usuários para a Administração Pública.

¹⁶² Como também assinalou GUSTAVO BINENBOJM, “nada – absolutamente nada – no texto e no espírito do art. 175 da Carta da República pressupõe ou dá a entender que, nas concessões de serviços públicos, a atividade do concessionário (isto é, a prestação dos serviços públicos à população) tenha de ser suportada exclusivamente pelo pagamento de tarifa pelos usuários. (...) Ora, dispor sobre política tarifária não significa exigir que a tarifa seja o único mecanismo de remuneração do concessionário”. “As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição”, *In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, número 2 – maio/junho de 2005. Em sentido contrário, veja-se LUIZ TARCÍSIO TEIXEIRA FERREIRA. *Parcerias Público-Privadas – Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 167.

tenha cuidado de delegar ao legislador infraconstitucional a criação de políticas tarifárias.

Assim, a crítica incorre em excesso ao presumir uma vinculação que o legislador constitucional não prescreveu. Lembre-se o princípio hermenêutico que orienta a não se presumir a inutilidade das palavras da lei, cuja exegese contrária desvenda orientação em não se presumir prescrição onde a lei não prescreveu¹⁶³.

É de se ver também que se referir à “política” tarifária não conduz necessariamente a pressupor a presença do sistema tarifário em todos os casos. Definir uma *política* sobre a tarifa pode significar a eliminação da tarifação em muitos casos ou ajustá-la a zero. Fazer política tarifária é definir, inclusive, se existirá ou não tarifa em certos casos, avaliação que deverá nortear-se pelos princípios fundamentais do serviço público. Note-se o exemplo da atividade de *radiodifusão sonora, de sons e imagens*. Trata-se de atividade objeto de *concessão*, como se tira do inciso XII do art. 21 e do art. 223 da Constituição. Mas jamais deu ensejo à cobrança de tarifa, porquanto incompatível com a idéia de difusão livre, um dos princípios organizadores deste sistema¹⁶⁴.

Ademais e no plano de uma interpretação lógica da norma, não se pode atribuir àquela previsão (de instituição de política tarifária) a função de caracterização do tipo concessório no que refere a seu aspecto remuneratório. Tanto assim que o comando do dispositivo não se dirige ao legislador encarregado da caracterização legal da concessão enquanto *contrato administrativo*. O comando do § único do inciso III do artigo 175 está endereçado aos entes locais que titularizam o serviço público, e que, de conseguinte, são os responsáveis pela regulação da política tarifária. Trata de *política tarifária* e não da configuração do tipo concessório.

¹⁶³ Como já ensinou CARLOS MAXIMILIANO: “presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem ser todas entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva”. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 91. Ainda o mesmo autor: “As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio de exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Este conceito tanto se aplica ao Direito escrito, como aos atos jurídicos em geral, sobretudo aos contratos que são leis entre as partes. Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativamente ou supérflua, nula ou sem significação alguma”¹⁶³. *Hermenêutica e Aplicação...*, p. 204.

¹⁶⁴ Aliás, o próprio texto constitucional supõe a existência de atividade de radiodifusão de *recepção livre e gratuita* (alínea “d” do inciso X do § 2º do art. 155).

A política tarifária é antes de tudo um aspecto a ser regulado conjuntamente com o serviço público, a partir de legislação provida pelos entes locais titulares do serviço público — uma vez que a competência para a instituição da política tarifária está reservada aos entes federados investidos constitucionalmente da titularidade do serviço público. Já a regulação infraconstitucional da concessão, como contrato administrativo que é, está reservada à União, naquilo que diz com a veiculação de “normas gerais” (inciso XVII do art. 22 da CF).

Assim, a Constituição, ao reservar à União competência para a veiculação de “normas gerais” (inciso XVII do art. 22 da CF) em matéria de contratos administrativos, incumbiu-lhe a missão de configuração inclusive de aspectos relacionados à remuneração dos ajustes concessórios, o que abrange certos ângulos da tarifação (pois que a tarifa se traduz numa contraprestação pelo serviço público prestado em regime de concessão). À União, então, reserva-se competência apenas para o desenho de aspectos tarifários imbricados mais imediatamente com o contrato de concessão, como as formas de retribuição etc. Já os entes locais se incumbirão da instituição da *política tarifária*, noção ampla, que respeita inclusive aos aspectos que atinjam os usuários do serviço, as diferenciações de tarifação etc.

Decorre do exposto o reconhecimento da diferença entre “política tarifária” e a disciplina dos aspectos da remuneração dos contratos administrativos, não sendo viável entender que a remissão constitucional ao legislador local quanto à instituição de política tarifária seja indiciária de uma necessária conexão do sistema tarifário com o instituto da concessão, cuja configuração legislativa restou ao encargo da União mediante a edição de normas gerais.

Ademais disso, soaria rebarbativa a configuração pelo texto constitucional de aspectos rigidamente delimitados a propósito de tipos contratuais disponibilizados à Administração Pública. Ainda que a Carta federal brasileira seja pródiga em excessos na regulação de temas que nitidamente fogem àquilo que se poderia ter por uma “disciplina constitucional”, não chega a esse nível de absorção. Não há no texto constitucional outro exemplo de delimitação normativa de tipos contratuais, muito menos a partir de regime de tipicidade fechada — que é pressuposto por aqueles que acolhem a tese pela inconstitucionalidade dos novos modelos

concessórios¹⁶⁵. A sua configuração foi amplamente deferida (assim como a delimitação de tipos contratuais em geral), no que tange à veiculação de normas gerais, à União (inciso XVII do art. 22 da CF). Daí que uma interpretação sistemática da Constituição importa, por igual, na rejeição da tese aqui combatida.

Um outro aspecto de enorme relevância a ser considerado na presente análise – e que conduz a recusar a tese que acolhe a rigidez de uma configuração constitucional de concessão - está no caráter nitidamente instrumental desse modelo à realização de valores fundamentais e escolhas políticas do Estado. A concessão é também um instrumento à realização do serviço público. Entranha-se com as concepções políticas acerca do serviço público - que, de resto, são evolutivas e acham-se guiadas por vetores constitucionais, livre das amarras das regras e de rígidas vinculações. A opção pela concessão pressupõe escolhas políticas acerca da distribuição do ônus social pela prestação do serviço público, o que importa efeitos redistributivos de riqueza na sociedade, assim como se traduz na escolha de um certo modelo regulatório quanto ao acesso ao serviço público. Não seria aceitável então que concepções formalistas e rígidas a propósito do modelo das concessões (limitadoras de sua instrumentalidade) configurassem óbice à melhor realização do serviço público. A contenção do modelo concessório em figurinos rigidamente fechados pode conduzir à negação de valores relevantes que devem ser alcançados com a realização do serviço público. Deste modo – e como tem advertido MARÇAL JUSTEN FILHO a propósito da questão – “É impossível estabelecer um modelo rigoroso sobre a forma de remuneração do particular, eis que tal dependerá das circunstâncias e das necessidades concretas de cada comunidade”¹⁶⁶.

A evidente instrumentalidade da concessão relativamente ao serviço público conduz à conclusão de que a flagrante ausência de vocação no plano constitucional quanto a definições rígidas do *serviço público* (sendo certo que esta tarefa está muito mais ao encargo do legislador infraconstitucional) há de ser também considerada como indício da fragilidade das teses reducionistas da concessão. Se o

¹⁶⁵ A maioria das Constituições de países em cujo direito inspira-se a doutrina nacional como elemento de análise comparativa não chega a inçar a esse plano a regulação da concessão; nem mesmo o faz relativamente ao serviço público. Este fato já foi percebido por JUSTEN FILHO, comentando que: “Na maior partes dos países, a Constituição é omissa sobre serviços públicos em espécie, cabendo sua determinação à lei. No Brasil, há inúmeras referências constitucionais a serviço público”. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 483.

¹⁶⁶ *Teoria Geral...*, p. 94.

próprio serviço público não restou precisamente caracterizado pela Constituição de 88, não se há de pressupor que o modelo da concessão, que lhe é instrumental, tenha merecido conotação rígida e restrita. Como dito acima, não são aceitáveis leituras excessivamente formalistas e reducionistas do instituto da concessão, porque hábeis a limitar os meios de satisfação das necessidades coletivas subjacentes à realização do serviço público.

Também por essa razão – que se poderia dizer extraída de uma interpretação teleológica do texto constitucional – recusa-se a leitura reducionista da concessão.

Não se contraponha também - ainda em sede de uma análise acerca da constitucionalidade dos novos modelos concessórios - que a configuração das PPPs pela Lei n. 11079/2004 incorre em usurpação da competência legislativa dos entes locais. Poder-se-ia supor que a criação de tipos concessórios cujo critério de inovação centra-se (também) na modificação ou mesmo na eliminação do sistema tarifário incorreria em inconstitucionalidade, uma vez que a política tarifária seria matéria reservada aos entes titulares do serviço público, o que faria pressupor a invasão dessa competência pelo legislador das PPPs (no exercício de competência lhe reservada para a edição de normas gerais sobre contratos administrativos)¹⁶⁷. Ora, ao se deferir à União competência para a edição de *normas gerais* sobre contratação administrativa, certamente se lhe reservou competência para a configuração de aspectos remuneratórios da concessão. Aliás, estes conformam o que há de central neste tipo.

Seria correto concluir então que a *política tarifária* relaciona-se mais diretamente com os chamados aspectos externos da concessão, cujos efeitos alcançam os usuários do serviço (e os não-usuários), destinando-se a regular o

¹⁶⁷ A questão relaciona-se com a competência legislativa acerca da política tarifária, delegada constitucionalmente aos entes federados titulares do serviço público. Na medida em que as novas espécies contratuais caracterizam-se por uma situação tarifária atípica (relativamente à concessão comum), haveria infração à competência própria para a instituição de políticas tarifárias pelos entes locais. Tanto a concessão patrocinada como a concessão administrativa pressupõem uma configuração tarifária dotada de especificidades: a concessão patrocinada importa em dotar o ajuste concessório de receitas integradas também por contraprestação pecuniária do Poder Público (adicionada a outras fontes de receita, como a tarifária e a proveniente de receitas ancilares); a concessão administrativa — ao pressupor que a usuária direta ou indireta da prestação seja a Administração — incorre na eliminação da tarifação ou em fixar o seu preço como sendo zero — pelo menos em sua formatação voltada para a prestação de serviços públicos. Num e noutro caso poder-se-ia supor que há regulação de aspectos tarifários do serviço público, o que arranharia a competência legislativa específica reservada aos entes locais que titularizam o serviço.

acesso do serviço público, a socialização de sua prestação, as diferenciações tarifárias, o recurso à extrafiscalidade etc. Já os sistemas de remuneração entrinçados no tipo concessório prendem-se imediatamente com a relação entre Poder concedente e concessionário (cingindo-se a um âmbito interno da concessão), conformando as hipóteses possíveis de remuneração do concessionário, a tutela da equação econômico-financeira etc. Evidentemente que não há como dissociar absolutamente estes temas. Mas a compatibilização entre as esferas legislativas no que tange ao entrecruzamento destes aspectos passa pela identificação destes campos.

Não seria equivocado ademais pressupor que a criação legislativa de tipos concessórios a partir da edição de normas gerais é um aspecto anterior à criação de políticas tarifárias pelos entes locais. Definidas as hipóteses legais de concessão, disponibilizadas como técnicas de contratação administrativa, incumbirá aos entes titulares dos serviços públicos a conformação de políticas tarifárias, o que importará, indiretamente, em regular a utilização das vias concessórias na conformidade do interesse local e setorial do serviço público.

6.2.2.1 A Concessão administrativa é uma concessão

As considerações acima permitem afastar uma inferência crítica que tem sido utilizada por alguma doutrina no propósito de afirmar a impossibilidade de classificar-se a concessão administrativa (tipologia que não necessariamente terá por objeto a delegação da gestão de um serviço público, podendo prestar-se à execução de serviços ao Estado, assumindo este a qualidade de usuário direto ou indireto) como *concessão*. As críticas dirigidas ao legislador¹⁶⁸ estão amparadas no

¹⁶⁸ Diz ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL: "A Lei 11.079 diz, no art. 2º, que a chamada "concessão administrativa" é modalidade de contrato administrativo de concessão. Não é. Tanto não é que a própria lei, no § 2º do mesmo artigo, define-a como "contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta". O conceito de concessão de serviço público está contido no art. 175 da Constituição. De acordo com esse dispositivo, ao Poder Público compete prestar serviço público, direta ou indiretamente, nesta última hipótese mediante concessão ou permissão. Assim, na concessão o Poder Público é o prestador do serviço aos usuários, embora o faça indiretamente. Na chamada "concessão administrativa", o serviço é prestado à Administração Pública. Esta não é a prestadora do serviço, e sim sua usuária direta ou indireta. O serviço a ela prestado é serviço privado, remunerado mediante pagamento de um preço privado (sobre a distinção entre preço público e preço privado, ver meu "Concessão de Serviço Público", 2ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 23). *As parcerias público-privadas no Brasil*, In www.conlicitação.com.br. Em igual sentido, JUAREZ FREITAS assinala: "Ora, insofismável que

argumento de que estas concessões administrativas não se compatibilizariam com o conceito (tradicional) de *concessão*, pois seriam simples *contratos administrativos de prestação de serviços*, dado que não envolvem a *delegação* da gestão de serviços públicos por *conta e risco* do concessionário, mas apenas o desempenho de atividades à Administração Pública.

Reputo, respeitosamente, que estas críticas são improcedentes.

Por primeiro, observo que, sob o aspecto terminológico, nenhuma incorreção haveria na utilização da expressão “concessão” adicionada do termo “administrativa” para referir a uma modalidade de contrato administrativo distinta da concessão de serviços públicos. Relembro que, no plano do Direito Positivo, esse termo isoladamente considerado sequer apresenta significado léxico-jurídico próprio. Logo, não há guarida para a afirmação de que algo não poderia se denominar concessão por incompatibilidades com o conceito que a expressão delimita. A pluralidade de institutos recobertos pela expressão desautoriza o argumento de que a *concessão administrativa* não seria uma *concessão*. O raciocínio, a se manter logicamente coerente, teria de supor a incorreção de toda e qualquer designação legislativa que utilize do termo concessão não compatível com a significação pressuposta (inferida do conceito de *concessão de serviços públicos*), o que é impensável.

Certo é, contudo, que a referência legislativa do vocábulo concessão não foi mesmo desinteressada, como já visto. Parece-me que o legislador fez uso da locução concessão para compartilhar com o novo instituto uma significação inferida da configuração normativa da concessão de serviços públicos (o que se retratou na remissão à aplicação da Lei n° 8987/95 às PPPs). E essa configuração nada tem de inconstitucional ou de inválida.

o legislador equivocou-se ao cogitar de ‘concessão administrativa’. Primeiro, porque todo contrato de concessão é administrativo. Segundo, porque não se trata, a rigor, de concessão, mas de contrato de prestação à Administração Pública. Dessa maneira, figurando a Administração como usuária (direta ou indireta), não acontece, em sentido próprio, delegação, por conta e risco. Logo, não se está diante de concessão em linha conceitual apurada (que implica delegação pelo titular), mas de mera contratação administrativa peculiar (com prazo mais longo, entre outras distinções), que se deve encapsular no conceito elástico e abrangente do art. 2. da Lei de Licitações, com o leque de consectários em matéria de regime aplicável”. “Parcerias público-privadas: características, regulação e princípios”. In *Revista Interesse Público* n. 29, Porto Alegre: Nota Dez, 2005, p. 20. Também MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO adverte ser a expressão inadequada “porque a chamada concessão administrativa regulada pela Lei n. 11079/2004 aproxima-se bastante, sob certos aspectos, dos contratos de empreitada, ficando a meio caminho entre a concessão de serviço público e a terceirização”. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 83.

Recorde-se que a Constituição não demarcou os característicos essenciais da concessão de serviços públicos. Muito menos concebeu traços configurativos de um modelo único e invariável. Como já tem observado uma doutrina altamente especializada no tema¹⁶⁹, inexistiu no texto constitucional a conformação de um modelo unitário de concessão de serviços públicos. Portanto, a modelagem jurídico-normativa da concessão estará ao encargo da legislação infraconstitucional.

No plano legal, a concessão de serviços públicos encontra regulamentação com a Lei n.º 8987/95. Mas a edição da Lei n. 11079/2004 -- que apresenta a mesma estatura legislativa da Lei Geral de Concessões -- introduziu novas figuras sob aquele rótulo, fazendo nascer no direito positivo uma classificação antes inexistente: a do gênero concessão (como contrato de colaboração), comportando as espécies: concessão de serviços (e obra) públicos; concessão patrocinada e concessão administrativa. Não se pode assim supor que haveria invalidade na designação terminológica das concessões administrativas por incompatibilidades com a definição contida na Lei n.º 8987/95. Na pior das hipóteses, cogitações deste jaez teriam de admitir a *alteração* na conformação jurídica do instituto, pela incursão no ordenamento da legislação mais recente, ante a aplicação do princípio da temporalidade.

O fundamental, daí, é não se furtar à evidência de que a aplicação desta terminologia para abranger as hipóteses aptas a configurar a modalidade de concessão administrativa tem raiz legal. Isto é, a designação é prescritiva. E se esta prescrição é incompatível com a descrição que outrora a doutrina formulava a propósito da expressão *concessão*, isso terá de ser revisto, sob pena de manter-se um raciocínio científico desconstruído do direito (cultuado mais pelo apego à tradição terminológica que pela fidelidade com a prescrição da norma legal)¹⁷⁰.

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. "As diversas configurações da concessão de serviço público", *In Revista de Direito Público da Economia* n. 1, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 97, 114, 133 e 134.

¹⁷⁰ Parece-me, ademais, que subjacentemente a essas críticas está a crença na eternidade de um conceito convencional de concessão de serviços públicos acolhido historicamente pela doutrina nacional, imunizado à transformação (mesmo formal) do direito. Esse apego a conceitos que inferidos de um ordenamento e numa determinada época, acabam por entranhar a cultura jurídica de tal modo que se tornam mitificados, sendo valorizados acima da voz do direito (que se modifica), não é aqui uma manifestação isolada. Muito lúcida, a este propósito, a observação de CARLOS ARI SUNDFELD, quando, em abordagem à solução adotada pela Lei do Petróleo ao prever a *autorização* como procedimento de outorga estatal à exploração de certas atividades da indústria petrolífera, ressaltou que "a doutrina do Direito Administrativo Brasileiro fascinou-se com seus próprios equívocos", demonstrando que a autorização jamais esteve ligada, na Constituição, à idéia de instrumento necessariamente precário, afastando daí a cogitada inconstitucionalidade da opção legal

Não há incompatibilidade entre a definição da concessão administrativa e a delimitação de aspectos essenciais do regime da concessão de serviços públicos -- ou de aspectos jurídicos que se poderiam dizer inferíveis da técnica concessória. A evolução hermenêutica do instituto da concessão de serviços públicos -- como se demonstrou acima - propiciou-lhe a diversidade de configurações, especialmente quanto ao modo de remuneração, não sendo mais possível aludir a concessão como instituto que *necessariamente* pressupõe o sistema tarifário nos moldes convencionais. Bem assim, a extensão do modelo concessório a atividades que não se reconduzam automaticamente ao conceito de serviço público de prestação individual também é acolhida pela experiência estrangeira.

Por outro lado, não é adequado afirmar que a concessão administrativa não seria uma concessão porque se qualifica como *contrato administrativo de prestação de serviços à Administração*. Ora, os contratos administrativos gerais de prestação de serviços têm sua hipótese normativa delimitada pela Lei n. 8666/93, inconfundível com o tipo fático da concessão administrativa. Naquela espécie, haverá contratos (a) cuja configuração deve ser preponderantemente unitária, na acepção de que não há vocação para a conjugação de escopos; (b) com desembolso pela Administração mas sem viabilidade de introduzir no objeto vias para o financiamento da execução (o que lhe acarreta um perfil econômico-financeiro bastante limitado, sobretudo quanto ao modo de financiamento dos empreendimentos-objeto); (c) pautados por prazos curtos (vinculados ao crédito orçamentário ou por prazo-limite (no caso de prestação continuada de serviços) de sessenta meses (já computadas prorrogações ordinárias); e (d) com ênfase no controle dos meios. Já os novos contratos de concessão administrativa terão sua hipótese fática conformada por arranjos que sejam formados, em regra, a partir da conjugação de objetos, vedando-se desde logo a contratação para execução de obra ou de fornecimentos desacompanhada da prestação de serviços¹⁷¹. E mesmo quando se pressupõe a prestação de serviços

em face do § 1.º do art. 177 da CF. "Regime jurídico do setor petrolífero", in *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 394.

¹⁷¹ É arguta a observação de LUIZ ALBERTO BLANCHET, que, enfrentando o problema da caracterização da concessão administrativa como concessão, pontua que a concessão administrativa não se limita à execução do objeto obra ou resultado material de serviço. "Sua vigência vai além porque seu objeto também o faz: inclui o serviço concernente à exploração do resultado das atividades desenvolvidas na primeira fase do objeto". *Parcerias Público-Privadas: Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Curitiba: Juruá. 2008, p. 23.

como objeto único de contratos de concessão administrativa, “está-se referindo à execução autônoma de prestações, para alcançar resultados predeterminados” – “a lei das PPPs não considera como tal o mero fornecimento de força de trabalho humano (isto é, de ‘mão de obra’) para atuar sob a direção da Administração (art. 2.º, § 4.º, III)”.¹⁷²

Também, o sistema de financiamento desses contratos é bastante peculiar, distanciando-se do modelo dos contratos administrativos gerais. No seu escopo sempre estarão previstos investimentos expressivos a serem providos pelo concessionário, retornáveis ao longo do prazo de exploração. E o valor do contrato não poderá ser inferior a R\$ 20 milhões. Talvez essa seja a função fundamental que se possa extrair do instituto – e que moveu o legislador para a sua criação: “permitir que o prestador de serviços financie a criação de infra-estrutura pública, fazendo investimentos amortizáveis paulatinamente pela Administração”¹⁷³. Outra distinção reside no regime dos prazos: só haverá um arranjo qualificável como concessão administrativa desde que o prazo mínimo da prestação de serviços abrangida no escopo contratual seja de cinco anos; e o prazo máximo de vigência do contrato, de trinta e cinco. Por fim, seria de destacar que esses contratos têm vocação para a execução de obrigações de resultado, não sendo admissível neste modelo a existência de contratos padronizados, em que o particular figura como mero executor de tarefas prévia e inteiramente definidas pela Administração”.¹⁷⁴

Assim, contratos administrativos gerais de prestação de serviços à Administração configuram uma hipótese distinta da concessão administrativa; aqueles, regidos pela Lei n.º 8666/93; essa, pela Lei n.º 11079/2004.

¹⁷² SUNDFELD, Carlos Ari, “Guia jurídico...”, p. 32.

¹⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari, “Guia jurídico...”, p. 26. E o autor ainda anota em outra passagem: “a criação dessa nova fórmula contratual – a concessão administrativa – viabilizou um arranjo para a obtenção de serviços para o Estado antes impossível: aquele em que o particular investe financeiramente na criação da infra-estrutura pública necessária à existência do serviço e ajuda a concebê-la”. Ob., p. 24.

¹⁷⁴ MONTEIRO, Vera. “Legislação de parceria público-privada no Brasil – aspectos fiscais desse novo modelo de contratação”, *In Parcerias público-privadas* (org. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 93.

CAPÍTULO II

A CONCESSÃO (COMUM) DE SERVIÇOS PÚBLICOS

1. INTRODUÇÃO

Examinaram-se atrás os aspectos mais genéricos acerca do modelo concessório, buscando-se extrair a significação jurídica da concessão como instituto jurídico-gênero que informa as espécies concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa. O presente Capítulo tem por objeto exame dedicado à identificação destes tipos contratuais concessórios, investigados em seu *objeto*, *partes* e *configuração remuneratória*. É necessário bem compreender os traços essenciais relativos a cada uma das espécies para compor a descrição do direito aplicável aos institutos. Não é possível, ademais, evoluir no exame das PPPs (concessão patrocinada e concessão administrativa) sem compreender aspectos centrais do modelo da concessão de serviço público (modelo-base que informa o instituto da PPP).

O presente Capítulo, então, traz um exame das notas fundamentais dos tipos referidos. Versa-se aqui a descrição dos elementos principais do *tipo* normativo, dos atributos essenciais que conformam a previsão normativa¹⁷⁵ destas modalidades contratuais, antecedente lógico ao regime contratual correspondente.

2. A CONCESSÃO COMUM DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A *concessão de serviços públicos* está disciplinada no direito nacional pela Lei n. 8987/95. São ajustes que se prestam a conceder temporariamente a *gestão* de serviços ou obras públicos delegáveis a particulares, pela via contratual de natureza bilateral, estruturados economicamente a partir de receita tarifária cobrada dos usuários, mas se admitindo receitas alternativas na composição da remuneração do concessionário. Essas concessões pressupõem uma certa autonomia de gestão do concessionário, disciplinada e controlada pelo poder concedente. Há riscos econômico-financeiros envolvidos na concessão porquanto a

¹⁷⁵ Isto é: o conjunto dos elementos integrativos do tipo legal do contrato que, presentes em determinado ajuste, permitem a subsunção da hipótese à previsão normativa, possibilitando ou determinando o regime contratual decorrente.

remuneração do concessionário estará proporcionada à exploração do negócio (risco de utilização).

Sob a expressão *concessão (comum) de serviços públicos* cabe uma diversidade de arranjos negociais, variados tanto no tocante ao objeto (prestação), quanto ao modo de remuneração.

Interessa, primariamente, examinar os *objetos* possíveis da concessão comum de serviço público.

3. OBJETO DA CONCESSÃO COMUM DE SERVIÇO PÚBLICO: A DELEGAÇÃO DA GESTÃO DE UM SERVIÇO PÚBLICO

A concessão comum de serviços públicos tem por objeto a *delegação* da *gestão* de um *serviço público* (tomada a expressão como espécie de atividade econômica) a um particular mediante remuneração proporcionada aos resultados da exploração. Um primeiro aspecto acerca de seu objeto reside, então, em admitir uma *delegação* (da prestação do serviço) outorgada pela Administração-concedente a favor do concessionário.

Numa acepção usual, o conceito de delegação no Direito Administrativo está associado à teoria da competência¹⁷⁶. É entendida como o ato pelo qual um órgão administrativo determina a transferência *temporária*¹⁷⁷ e *precária*¹⁷⁸ de parcelas de sua competência para outro órgão, com vistas ao atendimento de certas finalidades¹⁷⁹. Tem previsão no art. 12 e seguintes da Lei n.º 9784/99. Sua vocação, ao que se infere da normativa, é promover uma “transferência” de poderes-deveres (parcelas de competência) entre órgãos administrativos, o que pressupõe relações

¹⁷⁶ No direito brasileiro, a expressão delegação é referida pelo texto constitucional para aludir à delegação legislativa (inciso V do art. 49 e artigo 68) e, também, à delegação de poderes administrativos (inciso IV do art. 87, inciso XI e XIV do art. 93, art. 236) e jurisdicionais (alínea “m” do inciso I do art. 102). Nestas acepções, o emprego do vocábulo (evidentemente) não se confunde com o significado com que se emprega o termo para designar uma delegação da prestação de serviços públicos.

¹⁷⁷ § 1.º do art. 14.º da Lei n.º 9784/99.

¹⁷⁸ Como reza o § 2.º do art. 14.º da Lei n.º 9784/99, “o ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante”.

¹⁷⁹ Note-se o art. 12 da Lei n.º 9784/99, que dispõe: “Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, *quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial*”.

inter-orgânicas¹⁸⁰. Mas não há impedimento no Direito brasileiro a que a delegação de certas atribuições ocorra entre entes distintos, pela via do convênio ou por outros instrumentos.

Não é, contudo, esse o significado recoberto pelo termo para referir à delegação da gestão de um serviço concedido. A alusão à delegação da gestão de um serviço público para explicar a técnica concessória tem um sentido mais abrangente e algo diverso daquele. Justifica-se para evidenciar a translação derivativa de poderes e atribuições da Administração a um concessionário de gerir e prestar um serviço público. Eventualmente, na delegação da gestão de serviço público estará compreendida a transferência de poderes de autoridade (assim como se passa na delegação de poderes)¹⁸¹. Mas o seu significado é muito mais amplo e dá conta de explicar a translação de um conjunto de atribuições vocacionadas à gestão de um negócio. É neste sentido que se deve entender a expressão empregada pelas definições dos incisos I, II, III e IV do art. 2.º da Lei n.º 8987/95. A delegação da gestão importará fixar a responsabilidade do concessionário-delegatário em face dos usuários, que titulariza (o concessionário) posição jurídica própria (pois assume a gestão do serviço por sua conta e risco), exercendo o serviço público em nome próprio. Daí que a delegação envolve a transferência de atribuições de controle (gerencial) sobre a operação econômica do serviço público, situação que atrai ao concessionário a responsabilização pela prestação da atividade em face do usuário.

A alusão à delegação na concessão é marcada também pelo cunho temporário e limitado da translação de poderes e atribuições. Diz-se temporário porque a delegação será sempre por prazo certo (havendo, contudo, mecanismos legais de retomada antecipada da gestão do serviço pelo Poder Concedente); e

¹⁸⁰ ROGÉRIO EHRHARDT SOARES resume os elementos desta definição, explicando que há (1) uma determinação da competência de um certo órgão; (2) a previsão legal de que esse órgão tem o poder de praticar um acto especial que permite que a sua competência seja exercitada por outro órgão determinado; (3) a declaração efectiva do primeiro órgão (delegante) de pôr em andamento esse mecanismo e o consequente aumento dos poderes do segundo órgão (delegado); e (4) eventualmente, a prática pelo delegado de actos fundados na delegação, que agora lhe são juridicamente imputáveis (não ao delegante). *Direito Administrativo*. Coimbra, 1978, p. 251.

¹⁸¹ Parcelas de poder de polícia são usualmente transferidas aos concessionários como condição operativa da gestão do serviço público. Veja-se, também, que os incisos VIII e IX do art. 29 da Lei n.º 8987/95 dispõem sobre a possibilidade de outorga de poderes ao concessionário para fins de promover, respectivamente, desapropriação e servidão administrativa. Sobre a hipótese de promoção de desapropriação pelo concessionário já dispunha a previsão do art. 3 do Dec-lei n.º 3365/41.

limitado, eis que não se delega a titularidade do serviço (nem da gestão do serviço), mas parcelas de atribuições executiva e operativa das atividades de serviço público. Por isso, o trespasse de certas atribuições envolvidas com a realização do serviço será sempre marcado pela reserva de poderes de gestão estratégica e de controle do serviço à Administração. Transfere-se o exercício da prestação, mas mantém-se com o Poder Concedente a titularidade sobre o serviço público. Esta é uma advertência óbvia e reconhecida pela unanimidade da doutrina¹⁸². Uma decorrência inevitável disso é a possibilidade que tem o Poder Público Concedente em promover autoritariamente fiscalizações, alterações e até a retomada da gestão do serviço. Para ilustrar a penetração da tutela administrativa nas regras da execução do serviço público a doutrina desde sempre tem acolhido a clássica diferenciação entre cláusulas regulamentares e cláusulas econômicas¹⁸³, sendo que as primeiras referem aos aspectos do funcionamento do serviço público (no que se incluía, tradicionalmente, inclusive, a disciplina tarifária) e as segundas retratam a equação econômico-financeira inerente ao pacto¹⁸⁴.

Dada, pois, a relevância e a amplitude das atribuições objeto da *delegação*, assim como a relevância política e econômica a propósito da decisão acerca do trespasse da gestão à esfera privada e ao recurso à técnica concessória, ela será sempre dependente de autorização legislativa. Além disso, inúmeros pressupostos processuais se impõem como condição de validade da delegação da concessão, como se verá adiante.

3.1 O OBJETO DA DELEGAÇÃO: A GESTÃO DE UM SERVIÇO PÚBLICO

A delegação terá por objeto a *gestão* de um serviço público. A referência à *gestão* indica não só a inexistência do trespasse da titularidade sobre o serviço –

¹⁸² MEDAUAR, Odete. *Concessão de serviço público*. São Paulo: RT, 1995, p. 13. BACELLAR, Romeu Felipe. “A Natureza Contratual das Concessões e Permissões de Serviço Público no Brasil”, *In Serviços Públicos: Estudos Dirigidos* (coord. Romeu Felipe Bacellar Filho e Luiz Alberto Blanchet). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 24. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 30. JUSTEN FILHO, Teoria..., p. 55 e 56. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 669 e 670. PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n.º 8987/95*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 61.

¹⁸³ RIVERO, Jean. WALINE, Jean. *Droit administratif*. 18 ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 465.

¹⁸⁴ VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. “Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos nas concessões de serviços públicos”. *In Revista dos Tribunais* n.º 781. São Paulo: RT, 2000, p.13.

que permanece nas mãos do Estado --, mas, também, o cunho organizacional que marca a estruturação da concessão – inconfundível com a maioria dos contratos administrativos gerais, que é desprovida desta condição.

Acima já se fez referência aos limites da delegação, afirmando-se a impossibilidade de transferir-se ao concessionário a própria titularidade sobre o serviço. Interessa aqui destacar o cunho *organizacional* da concessão – referindo-se ao exercício da *gestão* concedida – e não de mera *prestação* de serviço público pelo concessionário.

Aludir-se à *gestão* de um serviço público importa, antes, evidenciar que o desempenho da concessão pelo concessionário pressupõe a organização de um conjunto de meios materiais e jurídicos vocacionados ao correto e adequado funcionamento do serviço público¹⁸⁵. Estão estruturados no seio do negócio de concessão bens públicos e privados destinados a fornecer o suporte material à gestão do serviço. Além disso, o concessionário incumbe-se de prover todos recursos materiais necessários a operacionalizar o serviço durante toda a vigência da concessão. Assim, há uma estrutura organizacional e operacional complexa e gerida pelo concessionário, voltada a produzir as utilidades fruíveis pelos usuários.

Um aspecto essencial que marca a gestão do concessionário está numa relativa autonomia que lhe é assegurada para a administração do *negócio*. Alude-se, então, à autonomia de gestão delegada. Recorde-se uma já cogitada distinção classificatória entre *gestão estratégica*, *gestão operacional* e *gestão executiva*¹⁸⁶ para melhor explicar a dimensão da autonomia do concessionário. A dita *gestão estratégica* consistiria no exercício de funções de programação, direção e controle do serviço, sendo própria de quem detém a titularidade sobre o serviço. A *gestão operacional* compreenderia a gestão do *funcionamento* de um serviço em seus aspectos de organização operacional para cumprir objetivos postos, racionalização de meios etc. Já a *gestão executiva* se traduziria na mera execução material das prestações, subtraída do poder decisório quanto a gerir aspectos de organização e de racionalização do serviço. Usando-se desta classificação, seria correto dizer que,

¹⁸⁵ Conforme RIVERO, Jean. WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 18 ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 467.

¹⁸⁶ A classificação é baseada, mas não coincidente, na de GUGLIELMI, Gilles. *Introduction au droit des services publics*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 101. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias...*, p. 170 e ss.

na concessão, predomina a gestão operacional (absorvida aí a gestão meramente executiva), assumindo o concessionário um poder de organização, estruturação material e racionalização da produção das atividades que importam a prestação do serviço. Em outros contratos mais simplificados e marcados por uma exaustiva programação e rigoroso controle de meios – como os contratos administrativos gerais disciplinados pela Lei n.º 8666/93 –, prevalece o exercício de gestão meramente executiva.

A autonomia de gestão é vista por muitos como um *direito* do concessionário, do qual decorre um *dever* à Administração de respeito à sua esfera gerencial-administrativa (do concessionário). A preservação de um nível mínimo de autonomia de gestão é fundamental para a caracterização do modelo concessório. Nas palavras de PEDRO GONÇALVES, “O direito em questão constitui, pois, uma posição substantiva ativa do concessionário que implica imediatamente um dever para a Administração pública de não perturbar ou, mais positivamente, de respeitar essa posição não pondo em causa a autonomia de gestão do concessionário – aliás, em relação à Administração concedente, o direito do concessionário pode ter como contrapartida o dever de ela não só impedir ilegalmente o respectivo exercício como o de cumprir as obrigações que assumiu e que sejam indispensáveis para que o direito possa exercer-se (v.g., efetuar expropriações, dar posse de terrenos ao concessionário, entregar-lhe material em bom estado)”¹⁸⁷.

O reconhecimento desta esfera de autonomia do concessionário é crucial para evidenciar a “partilha de responsabilidades” entre Poder Público e particular-prestador. Talvez esteja na margem de autonomia de gestão do concessionário a maior diferença que aparta os contratos de concessão de serviços públicos de outros contratos administrativos de colaboração (especialmente dos contratos administrativos gerais), quanto ao exame da responsabilidade das partes. Sob o prisma econômico, a ampliação da autonomia de gestão do concessionário importa a ampliação dos riscos inerentes à execução do contrato. O reconhecimento desta autonomia à concessão, portanto, lhe evidencia um perfil econômico-financeiro bastante peculiar e que a distingue dos outros contratos administrativos. Em regra, as concessões são marcadas por um sistema de remuneração do concessionário proporcionada ao *risco* de utilização da estrutura provida. Os investimentos

¹⁸⁷ *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 264.

necessários à realização do serviço serão amortizados ao longo da execução contratual em prazo proporcionado para tanto. Há assim uma transferência de riscos ao concessionário em dosagem mais acentuada do que convencionalmente se pratica nas contratações administrativas.

Não se perca que esta autonomia de gestão do concessionário tem em contrapartida o desempenho do controle estatal sobre a operação da gestão do serviço público. A Administração enquanto titular do dever de prestação do serviço transfere uma relativa autonomia de gestão do serviço ao concessionário, reservando para si uma responsabilidade de controle e de garantia ao seu bom funcionamento. Como diz PEDRO GONÇALVES, “nos termos da partilha de responsabilidade promovida pela concessão, ao concessionário vai caber a incumbência de gerir o serviço público e à Administração a responsabilidade por se alcançarem os objectivos de serviço público”.¹⁸⁸

Logo, na esfera desta partilha de responsabilidades nasce uma conjugação de esforços endereçados ao bom e adequado funcionamento do serviço público, evidenciando uma dimensão associativa da concessão. Estado e concessionário convergem esforços a se alcançar uma adequada prestação das atividades de interesse coletivo que constituem seu objeto último. Há o implemento pelo concessionário -- sob a orientação e o controle do poder concedente -- de uma estrutura operacional relativamente autônoma e materialmente destinada à gestão do serviço; o concessionário cria por si todas as condições de execução material das prestações voltadas ao atendimento de uma demanda ditada pelo interesse público, ao longo de um largo prazo compatível com a amortização dos investimentos produzíveis à conta do negócio¹⁸⁹.

3.2 O SERVIÇO PÚBLICO COMO OBJETO DA GESTÃO DELEGADA

Como dito, a concessão comum de serviços públicos terá por objeto a *delegação da gestão* de um *serviço público* (tomada a expressão como espécie do gênero atividade econômica) a um particular mediante remuneração proporcionada aos resultados da exploração. Essa noção traz dificuldades particulares pela

¹⁸⁸ A concessão..., p. 175.

¹⁸⁹ Veja-se JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral...*, p. 62, 63 e 64.

imprecisão que carrega a expressão *serviço público*, alvo de intensos debates a propósito de sua configuração. Esta abordagem não é sede para a problemática discussão sobre o conceito de serviço público, o que demandaria estudo próprio e autônomo ao temário relacionado com esta tese. Até por que o tema do serviço público transcende em larga medida a investigação acerca das atividades-objeto das concessões. Mas não é possível evoluir na abordagem da concessão comum, buscando-se conformar as notas que caracterizam o seu tipo, sem algum enfrentamento sobre o serviço público. Mais precisamente, busca-se identificar aqui a caracterização do serviço público tal como objeto da concessão.

3.2.1. A Definição Jurídica de “Serviço Público” no Direito Brasileiro

A expressão serviço público é polissêmica. Ela é utilizada em diversos registros do texto constitucional, mas nem sempre com a mesma significação jurídica. São constatáveis dois sentidos mais abrangentes do termo: um, de cunho *orgânico*, para designar a estrutura orgânica administrativa do Estado (artigo 37, XIII; 39, § 7.º; 40, III e § 16; 136, §1.º, II; e 198; ADCT, artigos 11, 19 e 53); outro, dito *objetivo*, para referir a uma atividade administrativa prestacional (artigos 21, XIV; 30, V; 37, § 6.º; 54, I, “a”; 61, § 1.º, II, “b”; 139, VI; 145, II; 175; 202, § 5.º; 223; e 224; ADCT, artigo 66).¹⁹⁰

A primeira acepção do termo nada interessa a esta abordagem. É de relevo apenas o exame do serviço público em sentido *objetivo*, isto é: referido como atividade administrativa *prestacional*.

A abordagem acerca do serviço público pressupõe identificar um regime jurídico comum às hipóteses fáticas assim qualificadas, justificando-se o recorte normativo do instituto, e também a tentativa de identificação dos atributos materiais que permitem a subsunção ou a classificação das situações fáticas às hipóteses

¹⁹⁰ Ver MODESTO, Paulo. “Convênio entre entidades públicas, executado por fundação de apoio. Serviço de saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma da prestação de contas das entidades de cooperação após a Emenda Constitucional 19/1998”. In *Revista Trimestral de Direito Público* n. 28. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 109. Como se vê, os significados atribuíveis ao serviço público *orgânico* e ao serviço público em sentido *objetivo* são distintos, remetendo a regimes independentes. A meu ver, não há utilidade em se perquirir uma unidade substancial do serviço público, abrangente dos dois significados da expressão referidos no texto constitucional, a não ser para aludir a características muito gerais da atividade estatal e que pouco esclarecem acerca do tratamento jurídico prescrito.

normativas (ou ao tipo normativo do serviço público). Nesta missão, a doutrina classicamente tem enfrentado o tema, produzindo uma abordagem que pretende identificar o serviço público sob três ângulos: (a) formal; (b) subjetivo; e (c) material.

3.2.1.1. Os três ângulos da caracterização do serviço público

Importa examinar a abordagem descritiva do serviço público no Direito brasileiro, comumente utilizada pela doutrina, sob três enfoques: (a) formal; (b) subjetivo e (c) material. Sob o aspecto formal, busca-se identificar o regime de Direito Público que lhe dá existência jurídica; sob o aspecto subjetivo, destaca-se a titularidade estatal do serviço público, enfrentando-o como atividade a ser prestada pelo Estado; e sob o ângulo material, o serviço público é examinado como *atividade*, destacando-se os seus atributos, isto é: os caracteres que permitem qualificar certa atividade como serviço público.

3.2.1.1.1 O ângulo formal do serviço público: a aplicação de um regime de Direito Público

Alude-se a um ângulo formal de análise para evidenciar que o serviço público é atividade disciplinada por regime de *direito público*. A grande maioria da doutrina define serviço público a partir também da identificação de seu regime jurídico de direito público. Esse ângulo pouco interessa à presente abordagem, visto que aqui se mira a identificação da *atividade* do serviço público, perseguindo-se os atributos a conformar o seu tipo normativo, instrumental ao exame do objeto da concessão de serviço público. A aplicação do regime de Direito Público, assim, seria uma consequência da subsunção desta atividade às hipóteses descritas no Direito Positivo, não sendo daí um elemento de sua identificação.

Quando à doutrina refere ao serviço público como atividade regida pelo regime de direito público, busca destacar a vinculação do serviço público a um rol de princípios que, pressupondo sua ligação com valores essenciais da sociedade, se orientam a assegurar a continuidade, a igualdade, a universalidade e a mutabilidade

no exercício de sua prestação¹⁹¹. Esta é uma construção de procedência francesa¹⁹² e que há muito foi incorporada pelo Direito brasileiro.

O dever de *continuidade* impõe que o serviço seja prestado de modo ininterrupto e contínuo, evitando paralisações prejudiciais ao atendimento das necessidades a cuja prestação se destina. A suspensão no fornecimento das utilidades de serviço público é apta a produzir sérios gravames ao interesse geral, dado o caráter de essencialidade da prestação¹⁹³.

A *igualdade* e a *universalidade* impõem ao prestador que o serviço seja oferecido e desempenhado de modo a assegurar a isonomia entre os usuários; a igualdade relaciona-se com um tratamento igualitário e com a ausência de discriminações não justificáveis; a universalidade assegura um oferecimento amplo da prestação e a um número indeterminado de utentes.

Fala-se, ainda, em *universalização* para aludir-se ao dever do Estado em propiciar o acesso ao serviço público: “ela envolve um dever positivo do poder público, consistente em adotar todas as providências necessárias para, ao longo do tempo, permitir a crescente incorporação de parcelas da sociedade ao acesso e fruição de um serviço público. A universalização implica, pois, a adoção de políticas públicas aptas a, suprimindo hipossuficiências, integrar os menos afortunados à relação de consumo de um bem ou utilidade públicos”¹⁹⁴.

Já o dever de *mutabilidade* relaciona-se com a atualização da prestação do serviço público, devendo esta se ajustar às necessidades públicas subjacentes. Ao Poder Público impõe-se a tutela na prestação do serviço público, que deverá assegurar a adaptação permanente às ótimas condições técnicas e materiais quanto

¹⁹¹ PAULO MODESTO, afirmando a submissão total ou parcial da atividade de serviço público ao regime de direito público e a princípios específicos - reconhecendo, assim, uma *reserva de direito público* nestas atividades -, aduz que esta técnica permite “a aplicação de diversas prerrogativas especiais da Administração para a satisfação dos interesses gerais (expropriação, constituição de servidões administrativa, sanções administrativas – entre outras)”. *Reforma do Estado...*, p. 450 e 451.

¹⁹² Ver CHEVALLIER, Jacques. *Service Public*. 6ª. Ed. Paris: Presses Universitaires de France. 2006, p. 91, 92 e 93. Ver, ainda, sobre o tema, JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 53 a 55.

¹⁹³ É de se ver, contudo, que o dever de continuidade, se é certo que está presente no regime do serviço público, nem a ele se restringe (alcançando outras atividades econômicas de interesse coletivo), nem a todos os serviços públicos se impõe de modo homogêneo.

¹⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano. “As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso do ‘telefone social’”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 14. Fórum: Belo Horizonte, 2006, p. 77.

ao seu desempenho¹⁹⁵. Assim, a evolução tecnológica (princípio da *adaptação* às melhores condições técnicas disponíveis) ou o surgimento de novas demandas ao serviço público podem exigir o dever de alteração na sua concepção técnica e prática, de molde a melhor atender ao interesse dos usuários.

Mas estes princípios são extensíveis a quase todas as atividades estatais, o que elimina a utilidade em delimitá-los como o “regime jurídico do serviço público”¹⁹⁶. Se é verdade que o serviço público é regido por estas normas, outras atividades estatais e não estatais (de titularidade da iniciativa privada) também o são.

Por outro lado, é indubitável que o serviço público está em alguma medida contaminado pelo *regime de direito público*, afirmativa que deve ser compreendida na acepção de lhe emprestar o exercício de certas prerrogativas que se legitimam na supremacia do interesse coletivo sobre o interesse do particular. Independentemente do sujeito que o exerça, a prestação do serviço público o

¹⁹⁵ O reconhecimento da mutabilidade dos contratos de concessão deu-se na França a par do *arrêt Compagnie Générale Française des Tramways*, pronunciado em 1910 pelo Conselho de Estado, onde se proclamou que “a Administração tem direito a dispor das modificações e agregados necessários para assegurar, no interesse público, o normal funcionamento do serviço”. Concluiu LÉON BLUM, então comissário do governo, que, “ao impor ao concessionário um serviço diferente do previsto pelas partes contratantes, a Administração não excede seus poderes”. “Contrats administratifs, mutabilité – équation financière, C. E. 21 mars 1910, Compagnie Générale Française des Tramways, Rec. 216, concl. Blum”, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 11a. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 127 a 134. Conselho de Estado, 11 de março 1910, Compagnie Générale Française des Tramways, p. 216 e ss.; R.D.P., 1910, p. 274 e ss, nota JEZE. JEZE, Gaston. *Principios generales del derecho Administrativo*. V. 4. Buenos Aires: De Palma, 1950, p. 239.

JEZE sustentou que, no âmbito do contrato administrativo, o particular “é, essencialmente, um colaborador no funcionamento dos serviços públicos. O interesse geral do funcionamento regular e contínuo do serviço público prevalece sobre o interesse particular do contratante”. Admitiu um amplo poder de modificação desses contratos (consistente em não somente aumentar ou diminuir a extensão das prestações que deve realizar o co-contratante, mas, ainda, em pôr fim a estas prestações), justificando que seria absurdo “que a Administração continuasse a fazer funcionar durante anos um serviço público inútil, ou mantivesse uma organização que se mostrou inadequada, ou recebesse prestações que se apresentaram inúteis para o serviço público”. Essas situações levariam a uma “perda econômica injustificável”, um “estancamento injustificável dos serviços públicos”. E sintetiza, afirmando que “o interesse geral do serviço público deve prevalecer sobre o interesse privado do contratante”. *Principios...*, V. 4., p. 233.

Aludindo às limitações à mutabilidade dos contratos administrativos, LAUBADÈRE afirmou que as modificações só podem repousar sobre as cláusulas do contrato que interessem ao serviço público e às suas necessidades, “com exclusão das cláusulas que regulam as relações de interesses entre as partes (principalmente as cláusulas financeiras)”. Também não pode a Administração impor alterações excessivas, que ultrapassem “um limite razoável”, capazes de transformar o próprio objeto ou exceder as possibilidades técnicas e econômicas do co-contratante”. LAUBADÈRE, André de. “Du pouvoir de l’administration d’imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs”, in *Revue du droit public et de la science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954, p. 40.

¹⁹⁶ Aprofunde-se em ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 146 e ss.

legítima ao uso de certas prerrogativas especiais (inexistentes no terreno da iniciativa privada).

É de pequena utilidade, contudo, a tentativa de definir o serviço público a partir de um *regime de direito público* que lhe seria aplicável. Reconhece-se a dificuldade em responder, diante da multiplicidade de atividades prestacionais batizadas de serviço público, submetidas a regimes singulares em muitos aspectos, o que seja esse regime do serviço público. A alusão ao regime de “direito público” como um elemento de identificação do serviço público vai perdendo utilidade à vista do fenômeno da individualização de regimes jurídicos particulares acerca das diversas atividades de serviço público. Afirmar-se que o serviço público é uma atividade submetida a um regime de direito público pode significar, no atual estágio de evolução do tratamento jurídico destas atividades, uma equiparação excessiva. Se é certa a suposição de que a alusão possuía procedência no passado, quando o tratamento jurídico do serviço público mostrava-se algo simplificado (também devido a um rol limitado de atividades que se subsumiam ao conceito de serviço público – em sentido estrito), havendo daí utilidade em se referir *ao regime do serviço público* para evidenciar a disciplina vinculativa daquelas atividades, não se pode deixar de observar que este ângulo do exame do serviço público relativizou-se diante da enorme dificuldade em se precisar na atualidade o que seja “o regime de direito público”. Existe uma ampla diversidade de regimes jurídicos que surgiram e vêm surgindo a propósito do que se conceituou no passado de atividades qualificáveis como serviço público, “ora com um peso maior de normas de direito público, ora com um peso maior de normas de direito privado”¹⁹⁷ – pontua COUTO E SILVA -, pondo em dúvida a utilidade em se unificar estas hipóteses em um regime jurídico (de Direito Público). Há, portanto, uma especial complexidade em responder a indagação do que seja o *regime de Direito Público*.

A argúcia de CARLOS ARI SUNDFELD bem apanhou a ausência de sentido em supor que inúmeras questões cruciais (como a negativa da prestação do serviço

¹⁹⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. “Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares”, *In Uma avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo* (coord. Diogo Figueiredo Moreira Neto). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 460. Bem anota o autor que “quase sempre prestação dos serviços públicos industriais e comerciais se realiza sob regime misto, de Direito Privado Administrativo, ou seja, predominantemente de direito privado mas com normas, também, de direito público”. Ob. cit., p. 443. Agregue-se ainda que a doutrina francesa já despreza o critério do regime jurídico como um elemento da definição do serviço público. CHAPUS. René. *Droit Administratif General*. Vol. I. Paris: Montchrestien, 1993, p. 447.

público a devedor inadimplente; a liberdade do prestador em determinar o seu preço etc.) “serão encontradas por meio da operação simplista em identificar o caráter público ou privado do serviço em causa, que teria o mágico condão de determinar a aplicabilidade de um regime jurídico geral”. Daí a mudança total de enfoque – afirma o jurista. “Não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante ao aspecto tal e qual”.¹⁹⁸.

O que se quer evidenciar é que, se a alusão ao regime de Direito Público teve grande prestígio no passado para identificar o serviço público, quando havia utilidade em reunir as atividades qualificáveis como serviço público debaixo de um tratamento comum e abrangente, que se denominou de regime de Direito Público, presentemente a alusão não apresenta a mesma relevância, quando o tratamento jurídico destas atividades diversificou-se em muitos aspectos, produzindo uma pluralidade de regimes jurídicos. A regulação, assim, dos serviços de abastecimento de água e tratamento do esgoto não se equipara à regulação (mesmo em aspectos centrais) dos serviços de telecomunicações. O princípio da continuidade, por exemplo, entendido como óbice à suspensão do serviço por falta de pagamento, não apresenta a mesma extensão para ambas as hipóteses¹⁹⁹. Outros exemplos podem ser formulados e cotejados para evidenciar a ausência de homogeneidade quanto à regulação do serviço público²⁰⁰. Logo, a delimitação deste regime de molde a alcançar um núcleo comum de atividades apresenta hoje utilidade reduzida.

¹⁹⁸ “Introdução às agências reguladoras”, *In Direito Público Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33.

¹⁹⁹ Cogite-se do problema da continuidade na prestação dos serviços públicos, o que importaria enfrentar a hipótese da suspensão por inadimplemento do usuário (art. 6.º, § 2.º, II da Lei n.º 8987/95). Não é incomum encontrar na doutrina especializada o reconhecimento acerca da não-submissão de certos serviços públicos (considerados essenciais ou “obrigatórios”) à hipótese de suspensão na prestação por ausência de pagamento pelo usuário. Isso porque alguns serviços apresentariam uma ligação mais intensa com a dignidade da pessoa humana, propiciando, neste particular, uma distinção relativamente ao seu tratamento jurídico.

²⁰⁰ Observe-se que as inúmeras transformações sofridas nos últimos anos com o que se denominou de regime do serviço público (de direito público), temperado por liberalizações e atenuações regulatórias, têm gerado a sua aproximação com o regime de algumas atividades econômicas em sentido estrito, sujeitas à autorização estatal e subjugadas a forte regulação. É indubitável que esse novo cenário regulatório acerca das atividades prestacionais desempenhadas e controladas pelo Estado propicia uma aproximação entre o regime do serviço público *concedido* ou *permitido* e a regulação das atividades econômicas *autorizadas* pelo Estado. Há um entranhamento entre esses regimes, não se podendo afirmar, em muitos casos, que sobre a atividade de serviço público repousa uma regulação pública mais intensa que a que condiciona as atividades econômicas propriamente ditas. Aliás, não seria um exagero dizer que a experiência prática tem mostrado que, em certos casos, o “regime de direito privado” tem promovido com maior efetividade valores

Isso não significa negar por completo a utilidade em identificar o *instituto* do serviço público, com vistas a evidenciar um regime comum quanto a certos aspectos regulatórios.

Talvez uma tentativa de singularização do *regime de serviço público* (ainda que em termos amplos) deva referir a sua reserva de prestação pelo Estado – atraindo mecanismos de delegação, pressupondo um controle efetivo de sua prestação pelo Poder Público - associada a uma responsabilidade-garantia quanto à prestação universal, contínua e isonômica do serviço público²⁰¹, decorrendo ao sujeito que o exerce o uso de prerrogativas especiais de sujeição.

3.2.1.1.2 O Ângulo subjetivo: atividade desempenhada pelo Estado

Um segundo ângulo da caracterização do serviço público (subjetivo) busca evidenciar que esta atividade é titularizada pela Administração Pública, sendo assim prestável diretamente ou por seus entes descentralizados, ou, ainda, pelos privados por meio de concessão ou permissão. Mas esta afirmação também não auxilia a presente investigação:²⁰² se é certo que o serviço público é titularizado pelo

tradicionalmente abraçados pelo regime do serviço público, como a universalidade da prestação. Um exemplo reside no campo da telecomunicação, particularmente quanto à atividade de telefonia móvel (enquanto submetida a um regime de atividade econômica propriamente dita). Dados recentes demonstram que o serviço de telefonia móvel é oferecido a condições mais vantajosas ao “usuário”, significando, por isso, um serviço com muito maior capilaridade e utilização que os serviços de telefonia fixa. É inegável, assim, que cumpre com maior efetividade (relativamente a outras atividades de telefonia regidas por “regime de direito público”) a universalidade e a generalidade na prestação.

Poder-se fazer referência, ainda relativamente à tentativa de explicar o instituto do serviço público a partir de um regime de direito público que lhe seria aplicável, à forte presença do direito público (em doses, por vezes, mais acentuadas que aquelas que marcam o tratamento dos serviços públicos) em diversas atividades econômicas em sentido estrito. As atividades relacionadas ao sistema financeiro nacional são um exemplo. Deve-se lembrar aqui a constatação de GIANNINI, quando, a propósito dos estudos sobre sua *teoria do ordenamento setorial*, reconhecia – como refere MONIA SPEZIA JUSTEN – que em certos setores de atividades econômicas (na Itália) “a disciplina pública se apresentava mais intensa do que nos casos de aplicação do regime concessionário”. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética. 2003, p. 84 e 85.

²⁰¹ Neste recorte ficam de fora os chamados serviços sociais, como saúde, educação e cultura, os quais, ainda que devam ser assegurados e fomentados pelo Estado, não se submetem a um regime de reserva de prestação pela Administração.

²⁰² Muito menos correto seria a exacerbação do ângulo subjetivo de análise do serviço público, acolhendo-o como um critério autônomo de definição, permitindo-se a inferência de que o serviço público seria a atividade reservada ao Estado – sendo, daí, a atividade econômica em sentido estrito pertencente (de livre prestação) aos particulares. Isso porque há no direito brasileiro *serviço público* não-reservado ao Estado e *atividade econômica* de caráter estatal monopolístico. Quanto à crítica ao critério subjetivo de definição de serviço público (e quanto à contraposição sob outros ângulos entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito), veja-se COSTÓDIO NETO, Ubirajara. “Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito

Estado²⁰³, nem todas as atividades estatais são serviços públicos. É preciso, pois, socorrer-se de um exame à luz de uma concepção objetiva do serviço público (serviço público como atividade) para encontrar as notas que o singularizam de outras atividades ditas estatais.

Qualquer que seja o critério adotado para a configuração do serviço público, parece inegável – como assinala GASPAR ARIÑO – a referibilidade desta atividade ao Estado²⁰⁴. Contudo, dependendo da abrangência do conceito de serviço público que se acolha, ter-se-á ou não de admitir que sejam atividades titularizadas *exclusivamente* pelo Estado, ou “reservadas” ao Estado²⁰⁵. Os denominados serviços sociais, classicamente designados pela doutrina brasileira como serviços públicos, não são privativos do Estado, sendo de “livre” prestação pela iniciativa privada²⁰⁶. Consideradas estas atividades serviços públicos, não se pode afirmar,

brasileiro”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 15. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 197 a 224.

²⁰³ Esta afirmação não pode ser entendida como a reserva de exclusividade pelo Estado, dependendo do conceito que se tenha de serviço público. A considerar uma definição ampla de serviço público (mas não amplíssima), nem todas as atividades reconduzíveis a este conceito seriam monopolizadas pelo Estado, podendo-se referir a serviços de saúde e de educação como atividades que não estão sujeitas a uma reserva de titularidade a favor do Estado, podendo ser prestadas livremente pela iniciativa privada.

²⁰⁴ A assunção estatal do serviço público, numa concepção bem ampla, pode ser explicada, segundo GASPAR ARIÑO, por uma via dupla: (a) por uma declaração formal de titularidade da mesma (*publicatio*, em sentido estrito), que supõe a reserva prévia de um setor e a necessidade de concessão; ou (b) por uma intensa regulamentação da mesma, que configure e obrigue a desempenhar a atividade sob modelos pré-determinados (*publicatio*, em sentido lato) - “não se afirma nestes casos uma titularidade real, e, sim, uma titularidade virtual, que permitirá o desempenho da atividade sem prévia concessão, mas submetida a autorização regulamentada”. Como se vê, o jurista envolve nesta classificação ampla os chamados serviços públicos virtuais, considerados como atividades econômicas sob forte regulação (sendo assim uma espécie de categoria intermediária entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito). *Economia y Estado*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 301.

²⁰⁵ É certo que há atividades monopolizadas pelo Estado que não se configuram como serviço público (art. 177, CF), não sendo esse um aspecto que possa ser tomado como critério autônomo de caracterização do serviço público.

²⁰⁶ Esta tese é sustentada também por FERNANDO HERREN AGUILLAR, que, a partir da interpretação do art. 175 da Constituição, afirma: “Se saúde e educação fossem serviços públicos, não poderiam ser livremente desempenhados pela iniciativa privada, ou então o art. 175 da Constituição teria de ser tomado como letra morta, o que é inadmissível. Saúde e educação são, pois, funções irrenunciáveis do Estado, como veremos adiante, mas que na atual sistemática constitucional não podem ser desempenhadas livremente pela iniciativa privada. Não são serviços públicos em sentido estrito, mas funções do Estado”. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 139. Na sistematização proposta pelo autor, os serviços sociais estão inseridos na categoria das *funções estatais*. *Controle social...*, p. 150 a 155. Em sentido próximo, PAULO MODESTO assinala que “Os serviços públicos são atividades submetidas a uma reserva de titularidade pública. Não podem ser consideradas atividades livres à iniciativa do particular. É esta a razão para a referência ao instituto da licitação no art. 175 da CF, e o pressuposto necessário do instituto da concessão de serviço público”. “Reforma do Estado...”, p. 449, 450, e 460. Os serviços de relevância pública, segundo PAULO MODESTO, seriam aquelas “atividades consideradas essenciais ou prioritárias

em termos absolutos, que um traço indispensável do instituto seja o monopólio estatal (na acepção de que só é prestável pelos privados por concessão ou permissão)²⁰⁷.

Tendo a acolher a reserva de prestação pelo Estado como um traço necessário do serviço público, o que importa excluir da abrangência deste conceito os *serviços sociais*.

É certo que, no domínio da ciência do direito, nada impede que sejam operadas variadas classificações das atividades estatais, em grupos mais ou menos abrangentes, refinando-se em maior ou menor grau o tratamento jurídico das hipóteses. Noções amplas de serviço público, abrangentes dos serviços sociais etc., podem ser concebidas na tentativa de explicar os regimes aplicáveis (desde que não se baralhem os tratamentos jurídicos particulares). Parece-me, entretanto, de pouca utilidade o envolvimento de atividades tão distintas (e que obedecem a regimes diferenciados em aspectos centrais) debaixo do mesmo rótulo. Não vejo, por isso, conveniência na equiparação do grupo de atividades categorizadas como serviço público (econômico) com a classe dos serviços (públicos) sociais, cada qual obedecendo a regimes independentes.

Permito-me, primariamente, a tentativa de demonstrar as diferenças quanto à natureza das atividades referidas, para, em seguida, assinalar as compreensíveis diferenças no tratamento jurídico dispensado pelo direito a cada uma das hipóteses.

Analisadas em sua materialidade, os serviços públicos (econômicos) e os serviços sociais apresentam diferenças marcantes. Os primeiros são utilidades materiais prestadas pelo Estado e fruíveis pelos usuários, que dependem da utilização de *meios técnicos* de execução. A fruição de um serviço público importa na fruição de prestações *materiais* disponibilizadas pelo Estado. Estes serviços são atividades econômicas que, por uma série de razões (principalmente para ordenar o

à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso". Reforma do Estado..., p. 456.

Em sentido diverso, ver GROTTI, Dinorá Musetti. "Teoria dos serviços públicos e sua transformação", *In Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 47.

²⁰⁷ O fato de se restringir o conceito de serviço público, excluindo-se de sua abrangência os serviços sociais, não privativos do Estado, importa ainda em considerá-lo como uma atividade não acessível aos privados, só possível de realização pela técnica concessória. Sob esse enfoque, todo serviço público configuraria atividade monopolizada pelo Estado (ainda que, obviamente, nem toda atividade monopolizada pelo Estado, econômica ou não, se considere serviço público), inacessível, pois, aos privados sem o recurso à concessão ou à permissão.

aproveitamento de materiais finitos, assim como para controlar a utilização de materiais perigosos²⁰⁸), exigem uma prestação reservada às mãos do Estado.

Já os serviços sociais não se traduzem em todos os casos em meras utilidades materialmente fruíveis, podendo assumir prestações distintas e variadas, uma vez que se relacionam a bens imateriais (saúde, educação, cultura). Por vezes, a oferta poderá traduzir somas em dinheiro, atividades culturais etc. Os serviços sociais estão imediatamente afetados ao desenvolvimento dos indivíduos, ligando-se à pessoa. Não se constituem, por fim, atividades que pela sua natureza exijam a prestação privativa pelo Estado (subtraída do mercado).

Estas diferenças entre essas espécies de atividades acarretam distinção quanto ao tratamento jurídico correspondente. Os serviços sociais, dadas suas características, devem ser promovidos pelo Estado sob um regime de gratuidade. Diversamente, os serviços públicos são atividades aptas à exploração econômica pelo Estado. Enquanto prestados pelos privados, os serviços sociais, ainda que sob forte regulação, independem de delegação do Estado, pois são também titularizados pela iniciativa privada, ao passo que o serviço público só poderá exercer-se sob concessão ou permissão, sendo, então, atividade constitucionalmente reservada à titularidade estatal. Pois a peculiaridade de exigir-se o instrumento delegatório para sua prestação pela iniciativa privada atrai ao serviço público um regime específico e que torna seu tratamento inconciliável em aspectos centrais com o tratamento jurídico próprio dos serviços sociais.

A taxonomia aqui proposta parece se ajustar com maior precisão à leitura do texto constitucional. O disposto no art. 175 da Carta Federal incumbe ao Poder Público, na forma da lei, “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Impõe o texto constitucional a via da delegação por concessão ou permissão como meio de transferir a gestão do serviço público à esfera privada, o que permite inferir uma reserva estatal quanto à titularidade sobre esta atividade. Evidencia-se pela hermenêutica constitucional, daí, o monopólio do Poder Público relativamente aos serviços públicos.

Já os serviços de saúde (artigos 196 e 199) e ensino (artigos 205 e 209) não receberam do texto constitucional a reserva estatal quanto ao seu desempenho,

²⁰⁸ Conforme SUNDFELD. Carlos Ari. *Fundamentos...*, p. 82.

restando liberados à iniciativa privada. Não estão assim abrangidos pela noção de serviços privativos do Estado, o que desmerece a sua qualificação como serviços públicos. Seriam, assim, na terminologia constitucional, “serviços de relevância pública” (cuja referência no texto constitucional localiza-se nos dispositivos do inciso II do art. 129 e no art. 197) e não “serviços públicos”.

Por isso, opto por um conceito de serviço público que supõe a reserva de prestação pelo Estado, só podendo ser trespassado aos privados pelos instrumentos da concessão e da permissão.

O mesmo exame traçado acima permite excluir do âmbito conceitual do serviço público os classicamente chamados serviços públicos *uti singuli*, adicionando-se às notas de caracterização do serviço público a qualidade de fruição individuada pelos usuários²⁰⁹.

3.2.1.1.3 O Ângulo material: caracterização da atividade de serviço público

O terceiro aspecto do exame, que se ocupa de visualizar o serviço público sob o ângulo *material*, apresenta relevância ao enfrentamento proposto. Trata-se do exame do serviço público enquanto atividade, como um *tipo* de ação administrativa. Só é possível invocar a aplicação do regime de serviço público a partir de sua caracterização como *atividade*, evidenciando quais os atributos que compõem o seu tipo normativo²¹⁰. Disso depende a *subsunção* (ou a *qualificação*) da atividade-serviço público ao conceito normativo de serviço público.

Passa-se a descrever alguns atributos fundamentais à caracterização da atividade do serviço público.

²⁰⁹ CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA propõe uma definição restrita do serviço público, excluindo de sua abrangência conceitual os serviços *uti universi*. *Usuários...*, p. 23 e ss.

²¹⁰ PEDRO GONÇALVES observa que, “vistas as coisas na sua essência, no momento em que o legislador qualifica uma actividade como serviço público (em sentido subjectivo), as notas que materializam a idéia de serviço público já lá estão; isto é, a actividade em causa já é de interesse geral, já satisfaz certas necessidades coletivas básicas. Ou seja, há um serviço público objectivo prévio ao serviço público subjectivo”. *A concessão...*, p. 33.

3.2.1.1.3.1 O Serviço público como atividade administrativa de prestação

No propósito de delimitar a noção de serviço público, apartando-a de outras atividades desempenhadas pelo Estado, afirma-se o seu carácter *prestacional*. Isto é: diz-se que o serviço público consiste numa *prestação* administrativa de certa *utilidade* vocacionada à satisfação de necessidades essenciais (ligadas a valores fundamentais), fruível individualmente pela pelos administrados.

Aludir-se ao serviço público como uma prestação *administrativa*²¹¹ significa, de logo, enquadrando-o como objeto da função administrativa, apartá-lo de atividades de natureza legislativa e jurisdicional. No Direito brasileiro, a noção de serviço público não se identifica com atividades de cunho legiferante ou jurisdicional, mas se põe sob o exercício da função administrativa.

No terreno das atividades administrativas, a sua natureza *prestacional* importa diferenciá-lo de outras tarefas, como a polícia ou regulação, o fomento e demais funções públicas imperativas.

É relevante partir, a caminho da individualização do serviço público, da descrição mais abrangente do quadro de modalidades de ação administrativa. Uma sistematização adequada sobre o assunto pressupõe cinco modalidades de atuação administrativa: (1) a *ação ordenadora* (qualificando-se como uma ação essencialmente jurídica vocacionada à regulação coativa da iniciativa privada); (2) a *ação de fomento* (que se traduz na promoção de estímulos económicos ao setor privado, buscando-se a sua adesão e colaboração para o atingimento de certas finalidades); (3) a *atuação prestacional* propriamente dita (envolvendo o desempenho de prestações de utilidades de cunho técnico aos administrados, a edificação de obras públicas etc.); (4) atividade de *produção* para implementação de políticas públicas (sendo gestão de natureza económica, em que a Administração atua como um agente a mais no mercado, sem reserva de titularidade); e (5) ação

²¹¹ Não se utiliza a expressão “administrativa” para referir a vocação para o exercício de autoridade, mas tão-só na acepção de que o que não é administrativo é legislativo ou jurisdicional. Lembre-se, com PEDRO GONÇALVES, que “ao acentuar-se a natureza económica do serviço público, logo se sugere que o conceito se refere a actividades que, segundo uma lógica liberal, não são *essencialmente* administrativas, isto é, que não comportam o exercício de autoridade (*modus operandi* próprio ou exclusivo da actuação administrativa). Ou seja, o serviço público refere-se a *actividades neutras*, que tanto podem estar no sector público como no sector privado: a integração delas no sector público releva de uma *opção de natureza político-legislativa* desligada de qualquer imperativo decorrente de sua natureza intrínseca”. *A concessão...*, p. 32 e 33.

de *programação* e *previsão* (sendo a atividade de regulação e de planificação dos setores público e privado)²¹².

A atividade de serviço público está inserida no terceiro grupo. É uma atividade administrativa de cunho técnico e prestacional dedicada a disponibilizar utilidades fruíveis pelos administrados. Distingui-se de outras atividades administrativas, por: (1) *não* possuir natureza *coercitiva* (como as funções públicas vocacionadas à ordenação); (2) traduzir-se numa “actuação administrativa de carácter positivo (não se limitando a Administração a regular, planejar, incentivar ou a conservar)”²¹³; (3) não se confundir com a *atuação estatal no domínio económico*, para cumprir os “imperativos de relevância nacional ou relevante interesse coletivo”.

Quando se alude ao serviço público como *prestação* (tomada a expressão não como uma relação jurídica entre usuário e prestador, mas como uma “técnica operativa”²¹⁴ – na expressão de PEDRO GONÇALVES), destaca-se ainda a sua distinção relativamente a atividades de mera gestão e conservação de uma coisa, com vistas a facultar seu uso a terceiros. Assim e como exemplifica o autor, “não é serviço público a actividade (pública) que consiste em gerir, manter e conservar uma coisa pública e facultar o seu uso a terceiros – o gestor (da rede de telecomunicações ou da rede ferroviária) exerce uma actividade que tem como objecto a coisa (conservação, manutenção); a utilidade que ele proporciona a terceiros (faculdade de utilização contra o pagamento de taxas ou preços) não é por isso autónomo da própria coisa que gere”.²¹⁵

3.2.1.1.3.2 Serviço público x função pública

Uma clássica abordagem reside em contrapor o *serviço público* à *função pública*. Esta se exerce mediante a emanção de atos jurídicos que se prestam a expressar a soberania estatal, constituindo-se em competências indelegáveis em

²¹² Sistematização baseada em ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 284 e 285.

²¹³ GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 37.

²¹⁴ A ressalva prende-se com a distinção serviços *uti universi* e serviços *uti singuli*, sendo que a prestação do serviço público não importará na identificação de um usuário determinado (constituente de uma relação jurídica de prestação). Há doutrina com orientação mais restritiva acerca do conceito de serviço público, reduzindo-o a atividades prestacionais em que seja possível a singularização do usuário (parte de uma relação jurídica com o prestador). PEREIRA, César Guimarães. *Usuários...*

²¹⁵ *A concessão...*, p. 37 e 38.

sua essência²¹⁶. Não haverá serviço público quando a atuação do Estado for dirigida à organização da ordem pública através do império da força (manifestação coativa). Já os serviços públicos materializam-se em prestações de cunho técnico, plenamente delegáveis aos privados por meio de concessão e permissão.

É comum centrar a distinção entre a função pública e o serviço público no reconhecimento de que só aquelas estão marcadas pela *exclusividade* estatal e pela *indelegabilidade* aos privados.

É preciso observar, contudo, que não há propriamente exclusividade estatal em relação a todas as atividades reconduzíveis ao conceito de função pública. Note-se, por exemplo, que as atividades de *polícia* e de *resolução de conflitos*, invocadas como funções públicas essenciais, encontram paralelo no setor privado, não se podendo sustentar que são (consideradas em sua materialidade) exclusivas do Poder Público²¹⁷. A prestação dos serviços de segurança pública incumbe ao Estado, que a provê de modo irrenunciável. Mas é lícito à população socorrer-se de serviços de segurança desempenhados por particulares (ainda que o fundamento que a legitime seja de outra índole). O exercício privado de atividades desta natureza está regulamentado na Lei n° 7012 de 1983 que dispôs, dentre outras matérias, sobre o funcionamento de empresas que exploram serviços de vigilância.²¹⁸ Um outro exemplo, lembrado por FERNANDO AGUILLAR, está na

²¹⁶ Como adverte ARIÑO ORTIZ a propósito da contraposição do serviço público à função pública, “quando se diz que (o serviço público) não pressupõe o exercício de poderes soberanos, não se quer dizer que a Administração não tenha privilégios, potestades, poderes de império, tanto sobre o concessionário como sobre terceiros; o que se quer dizer é que essa atividade não se impõe ao particular, mas, sim, se lhe oferece” *Economía...*, p. 295.

²¹⁷ Há muito já referiu L. DUGUIT, como informa IZQUIERDO CARRASCO, que “não existe função estatal que não seja suscetível de ser gestionada, pelos menos em parte, por entidades privadas”. A conclusão referida decorre da negação da teoria da soberania do Estado. “De la situation des particuliers à l’égard des services publics”, in *Revue du droit public et de la science politique en France et l’étranger*, 1907, p. 411, citado por MANUEL IZQUIERDO CARRASCO. “Algunas cuestiones generales a propósito del ejercicio privado en el ámbito de la seguridad industrial”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública (IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 376.

²¹⁸ Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga. § 1º Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa. § 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do *caput* deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.

resolução de conflitos por juízo arbitral, regulado pela Lei n. 9307/96. Não é difícil perceber - assinala AGUILLAR - que "por mais essencial que seja a tarefa de dirimir conflitos de interesse, não é ela exclusiva do Estado"²¹⁹. Isso não equivale afirmar que todas as funções públicas encontrem paralelo no âmbito privado. Há, por certo, atribuições exclusivas do Estado; mas nem todas as ditas funções públicas, essenciais, caracterizam-se por serem exclusivamente estatais, na acepção de que não encontrem paralelo na iniciativa privada.

Bem assim, a *indelegabilidade* destas atividades não pode ser afirmada em termos absolutos. Todas estas atuações comportam parcelas delegáveis e indelegáveis, sendo excessiva a concepção a propósito da indelegabilidade das funções públicas abstratamente concebidas.

Uma outra crítica que poderia ser contraposta é formulada por MARÇAL JUSTEN FILHO a propósito da distinção entre serviço público e poder de polícia. Para o jurista, há um equívoco lógico em supor que a distinção entre serviço público e poder de polícia residiria na delegabilidade a terceiros. "A vedação à delegação a particulares apresenta-se de modo idêntico e não diferenciável relativamente a poder de polícia e a serviço público. Os fundamentos pelos quais se nega a possibilidade de transferência do poder de polícia à iniciativa privada aplicam-se, de modo integral, ao serviço público. Veda-se a delegação do poder de polícia a particulares não por alguma qualidade essencial ou peculiar à figura, mas porque o Estado Democrático de Direito importa o monopólio estatal da violência". Daí que "todos os ângulos sob os quais o serviço público envolver exteriorização do aludido poder de coerção envolverão competência privativa e indelegável do Estado". Por isso – conclui JUSTEN FILHO – "talvez se possa dizer que o serviço público comporta margem significativa de delegabilidade aos particulares na medida em que abrange inúmeras competências e atividades não vinculadas ao poder de coerção estatal. Já o poder de polícia se constitui, quase integralmente, de competência relacionadas com poder coercitivo estatal"²²⁰.

²¹⁹ *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 151.

²²⁰ *Teoria geral...*, p. 27 a 29.

3.2.1.1.3.3 O Serviço público x atividade econômica

No Direito brasileiro, a definição de *serviço público* prende-se com a noção de atividade econômica. Isto é, a atividade de serviço público cumpre uma função econômica, na medida em que o desempenho de sua prestação destina-se à satisfação de necessidades coletivas a partir da afetação de bens e recursos escassos²²¹. Mas há obviamente atividades econômicas prestáveis pelo Estado que não se reconduzem ao conceito de serviço público, o que permite falar em atividade econômica como gênero²²² que alberga as espécies (a) serviço público e (b) atividade econômica não-qualificável como serviço público. A classificação é relevante para identificar os regimes jurídicos inscritos nos artigos 175 e 173 da Constituição. Quando atuar na prestação de serviços públicos, o Estado estará sujeito ao regime do artigo 175; mas se submeterá ao regime do artigo 173 se desempenhar atividade econômica em sentido estrito.

É extremamente complexa a abordagem acerca dos critérios de distinção utilizados pela doutrina nacional à *autonomização* do serviço público relativamente à atividade econômica propriamente dita -- tarefa que tem tomado esforços da mais autorizada doutrina. Não tenho a pretensão de enfrentar em profundidade o assunto neste trabalho. Até porque a abordagem transcende os limites traçados para a delimitação do temário aqui tratado.

Mas permito-me observar que, no propósito de descrever o serviço público – reflexão que importa efeitos diretos no exame da constitucionalidade das definições legislativas de atividades consideradas *serviço público* (submetidas à *publicatio*) ou *atividade econômica propriamente dita* –, há quem realce os seus atributos materiais, que devem necessariamente importar no atendimento a necessidades relevantes da sociedade, realizando valores fundamentais prescritos pela Constituição e cumprindo uma finalidade de coesão e de interdependência social, defendendo uma corrente *essencialista*, e há aqueles que tomam o serviço público como atividade

²²¹ Conforme SAMUELSON e NORDHAUS: “a economia cobre todos os tipos de assuntos. Mas no essencial está dedicada à compreensão de como a sociedade faz a afectação dos seus recursos escassos. (...) a economia é o estudo da forma como as sociedades utilizam os recursos escassos para produzir bens com valor e como os distribuem entre os seus diferentes membros”. SAMUELSON, Paul A., NORDHAUS, William D. *Economia*. 14a ed. Lisboa. McGraw-Hill. 1993.

²²² A dualidade *atividade econômica em sentido amplo* e *atividade em sentido estrito* apanha-se do confronto entre os artigos 174 e 170 da Constituição.

assim definida pelo direito positivo – os *convencionalistas-legalistas*. Enquanto os primeiros parecem depositar em atributos pré-jurídicos a essência do serviço público, como atividade que atenda à satisfação de necessidades essenciais do ser humano e do grupo social (como atividade existencial à sociedade), a corrente convencionalista-legalista ou formalista viu no legislador a fonte criadora do serviço público – sem recusar, obviamente, a sua dependência à noção constitucional do serviço público.

3.2.1.1.3.3.1 A Insuficiência da tese essencialista

Parece-me evidentemente insuficiente a adoção de um conceito essencialista de serviço público, com pretensões de restringir a atuação legislativa (*publicatio*) a obedecer padrões pré-jurídicos de caracterização-definição do serviço público, identificando o instituto como atividade caracterizada por atributos colhidos do senso comum.

Noto, por primeiro, que a tese essencialista incorre na fuga à busca de um fundamento meta-jurídico à definição (jurídica) do serviço público. O acolhimento absoluto desta posição importaria a destruição de valores sobre os quais se cimenta a efetividade da ordem jurídica posta, como a segurança e a estabilidade. Fosse excessivamente sensível a ordem vigente a uma configuração material e pré-jurídica do serviço público, o seu direito restaria dissolvido em pura política. Já por isso, a entendo insuficiente.

Mas é fundamental perceber que a adoção deste critério de definição do serviço público poderia propiciar a extensão de seu regime jurídico a atividades tradicionalmente consideradas como atividades econômicas (em sentido estrito). Não é difícil perceber que, em nosso Direito, há atividades econômicas cujas prestações revelam-se tão socialmente relevantes como o serviço público. Isso se passa, por exemplo, com a distribuição e comercialização de alimentos e de medicamentos, a compensação bancária etc., atividades não definidas como serviço público no direito brasileiro. Vale lembrar que quanto a estas últimas a Lei n. 7.783/1989 (incisos III e XI do art. 9) acolheu sua prestação como de caráter essencial e inadiável.

O alegado revela que a relevância social e o cumprimento de valores fundamentais não é um fator de autonomização do serviço público (e assim não foi considerado pelo direito positivo vigente). Revela também que o regime do serviço público não será em todos os casos adequado a regular a prestação de atividades econômicas consideradas altamente relevantes ao meio social. Isso porque a sua configuração pressupõe outros aspectos que não exclusivamente um serviço essencialmente afetado à realização de valores fundamentais.

Historicamente, talvez, o fator de maior relevo na configuração do serviço público tenha estado em sua feição materialmente monopolística. Referindo-se à condição de atividade exógena à livre iniciativa e, conseqüentemente, à concorrência, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO observa que “as razões – ideológicas, técnicas e econômicas – para este estado de coisas foram, basicamente, de duas ordens: (a) a circunstância de os serviços públicos constituírem, inclusive por razões tecnológicas, monopólios naturais, de forma que a presença de mais de um prestador fosse tecnicamente impossível, economicamente inviável ou pelos menos inconveniente diante dos interesses públicos curados, com o que se daria, por exemplo, se a existência de mais de um prestador, ao invés de diminuir os preços, os aumentasse em função da menor economia de escala; (b) a concepção de que estas atividades, ainda que possuíssem conteúdo econômico, não poderiam, em face do estreito liame com os direitos fundamentais e com a solidariedade social, ser submetidas à lógica do lucro e do mercado”²²³.

Não seria incorreto constatar que, no concurso destas razões, parece ter prevalecido historicamente, como situação condutora da configuração do regime do serviço público, o fato destas atividades constituírem monopólios naturais. Assim, a reserva de prestação do serviço público pelo Estado esteve muito mais associada a esta faceta econômica do serviço público que ao propósito de preservar a sua vocação à realização de valores fundamentais da iniciativa privada - sob a pressuposição de que a vocação do serviço público haveria de impedir sua convivência mais próxima com a racionalidade econômica, com a lógica do lucro e do mercado. O que retirou o serviço público do domínio da iniciativa privada foi uma inevitável condição de monopólio natural, cuja prestação por rede impedia o livre

²²³ “Serviços públicos e Concorrência”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 02. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 59.

acesso do mercado. Essa constatação se reforça pelo acesso (histórico) da iniciativa privada (ainda que sob forte regulação) à prestação de serviços sociais, cuja ligação com valores fundamentais e cuja preservação relativamente à contaminação pela lógica do lucro e do mercado presumem-se mais afluídas que nos demais serviços públicos econômicos. Um outro dado histórico que poderia ser agregado a autorizar a mesma conclusão reside no recente processo de liberalização de serviços públicos prestados em rede (*unbundling*), com a quebra de monopólios e introdução da concorrência, fruto do advento de inovações tecnológicas que permitiram a fragmentação na prestação daquelas atividades. No bojo deste processo, atividades classicamente consideradas serviços públicos passam a prestar-se sob regime de atividade econômica.

Logo, os serviços públicos foram assim considerados historicamente muito mais a partir de sua configuração econômica de monopólios naturais do que pela vocação ao atendimento a valores fundamentais e à solidariedade social.

3.2.1.1.3.3.2 A Proximidade entre os essencialistas e os convencionalistas legalistas

O relevante, contudo, é notar que tanto os *convencionalistas-legalistas* como os ditos *essencialistas* reconhecem no legislador a vocação para a instituição de serviços públicos. Tomadas assim, o que talvez haja de distintivo entre as teorizações esteja na medida de liberdade política que detém o legislador na tarefa criativa do serviço público, conferindo aos convencionalistas maior autonomia à lei na criação do serviço público, limitada exclusivamente ao direito constitucional positivo –, ao passo que os essencialistas vêem atributos pré-jurídicos do serviço público como limites à atuação do legislador.

A descoincidência entre as correntes pode ser menor do que aparenta. Isso porque, em termos práticos, o exercício de interpretação da Constituição positiva no que refere aos valores fundamentais ali encartados, funcionando (para os *convencionalistas*) estes como limites à criação legislativa do serviço público, recorre ao preenchimento de fórmulas verbais indeterminadas, exigindo-se uma leitura dialógica do texto constitucional pelo hermeneuta. Esta interpretação evolutiva da Carta constitucional utiliza-se de um canal dialético com a realidade material, no bojo

do qual há espaço para manifestações políticas do intérprete. Assim, mesmo adotando-se posição convencionalista (na acepção de delegar-se ao legislador a liberdade para a definição de atividades de serviço público referendadas pela Constituição), aspectos essenciais de um conceito de serviço público – como atividade vocacionada à satisfação de valores encartados na Constituição – deverão, em alguma medida, ser observados do processo de sua criação legislativa. As válvulas políticas inerentes à leitura constitucional acabarão por evidenciar, então, que assumir uma posição convencionalista acerca do conceito de serviço público não significará excluir de sua delimitação atributos teleológicos vinculados à satisfação de certas finalidades constitucionais (que importa investigar o seu caráter de relevância e de essencialidade relativamente a uma determinada comunidade e num certo tempo – o que aproxima a noção de serviço público de uma teorização dita *essencialista*).

A despeito da inexistência de uma configuração precisa e expressa pela Constituição acerca do conceito de serviço público, é inegável que de sua leitura sistemática não se pode desvincular essa atividade da realização de certos valores fundamentais. Admitindo assim a possibilidade do legislador infraconstitucional criar o serviço público, sua esfera política de atuação estará limitada à conformidade com a afetação teleológica ao serviço público conferida pela Constituição.

E esta afetação teleológica do serviço público está submersa na densidade principiológica das normas constitucionais. Será descoberta por exercícios de hermenêutica a partir também da consideração da realidade material – e do que se tem por serviço relevante destinado à satisfação de necessidades coletivas num certo tempo e num certo lugar. Essa integração do texto constitucional à evolução da realidade fática dá lugar ao dinamismo que embala a interpretação constitucional.

Daí que um conceito dito essencialista de serviço público, cujos atributos de sua configuração são sacados da realidade extranormativa e põem-se a condicionar a sua criação legislativa, não se distancia da leitura formalista ou convencionalista-legalista, que não se recusa a ver na permeabilidade constitucional pela historicidade das noções um parâmetro à configuração legislativa do serviço público.

3.2.1.1.3.3.3 Ainda a singularização do serviço público relativamente a outras atividades econômicas

Não há na Constituição uma definição ou configuração precisa do serviço público. E é explicável que assim seja, porquanto a idéia de serviço público prende-se com valores constitucionais a serem perseguidos pelo Estado, cujo conteúdo remete à evolução da prática social e às concepções vigentes num determinado tempo e num dado lugar²²⁴. Falar do serviço público pressupõe a descoberta de escolhas políticas da sociedade, as quais se relacionam, estreitamente, com o perfil (político e econômico) evolutivo do Estado. Logo, o serviço público é uma noção propositadamente vaga e receptora de influxos políticos nascidos de concepções vigentes na sociedade, cuja tradução fica ao encargo do legislador.

Mas isso não significa que a noção de serviço público no Direito brasileiro seja desprovida de notas constitucionais. A Constituição afetou o serviço público à realização de valores fundamentais e relevantes da sociedade. Essa ligação entre o serviço público e conveniências essenciais ou básicas da sociedade impõe-se como limite à sua configuração legislativa, autorizando-se a inferência de que, se nem toda a atividade dedicada à realização de valores relevantes e fundamentais prezados pela sociedade deva ser qualificada ou definida como serviço público, certo é que todo o serviço público há de traduzir essa vocação.

²²⁴ Daí porque EROS GRAU rejeita, com apoio em JEAN PAUL SARTRE, perquirir-se um *conceito* de serviço público, defendendo a busca de sua *noção*. Contrapondo no plano epistemológico o *conceito* à *noção*, o filósofo francês assinala que “O conceito é atemporal. Pode estudar-se como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo nem, por consequência, a história podem ser objeto de um conceito. Aí há uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A noção, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas”. *In Estruturalismo – antologia de textos teóricos*. Portugal Editora, 1968, p. 134. A partir disso, EROS GRAU propõe que a indeterminação dos conceitos (erroneamente, assinala, suposto pela doutrina) se resolve na historicidade das noções. “A noção jurídica deve ser definida como idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas (Sartre)”. E a noção de serviço público – sustenta GRAU no esforço de inferi-la do texto constitucional – “há de ser construída sobre a idéia de coesão e de interdependência social”. “Constituição e serviço público”, *In Direito Constitucional – estudo em homenagem a Paulo Bonavides* (org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 264 e 265.

A vocação que lhe é constitucionalmente dispensada justifica-se pela reprovabilidade, numa ordem republicana que objetiva garantir o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3, CF, II e III), de práticas de dispêndio de recursos públicos e de afetação da burocracia estatal em prol de atividades descompromissadas com objetivos de relevância pública. Assim e sob a ordem constitucional vigente, o comércio de taxinha e parafusos não poderia qualificar-se como serviço público, diante de sua evidente desvinculação com a realização de interesses coletivos. Um outro fundamento a amparar o alegado reside no princípio da subsidiariedade acolhido constitucionalmente, que impõe o raciocínio de que o Estado não poderá atuar em regime de prerrogativas e de reserva de titularidade num campo de atividades propícia à liberdade de prestação.

3.2.1.1.3.3.4 A Insuficiência da tese da afetação do serviço público a valores fundamentais como traço que o autonomiza de outras atividades econômicas

É preciso observar que a vinculação do serviço a valores relevantes da sociedade não é o fator que singulariza o serviço público, distinguindo-o de outras atividades econômicas. Consiste apenas num traço imprescindível de sua configuração, a ser observado pelo legislador infraconstitucional. Trata-se de um limite negativo. Mas há atividades econômicas tão ou mais relevantes à sociedade que não se submetem a um regime de serviço público. A distribuição de alimentos é atividade de indubitosa relevância social, mas não se configura serviço público. Consiste em prestação com maior cunho de essencialidade e de relação mais estreita com a dignidade humana do que diversas outras qualificadas em nosso direito com serviço público. Com muita lucidez, FLÁVIO GALDINO, ao recusar a tese que impede o corte no fornecimento de energia elétrica por considerá-lo serviço público essencial à população, retratada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²²⁵, contrapõe ser a alimentação atividade muito mais essencial à sociedade, ainda que desprovida do mesmo tratamento jurídico. Conclui por indagar: “em que

²²⁵ O *leading case* na matéria trata-se do Acórdão proferido pela Primeira Turma no julgamento do recurso em mandado de segurança n. 8915-MA, em 12 de novembro de 1998, por unanimidade, do qual foi relator o Ministro José Delgado.

atende a dignidade da pessoa humana não poder ser cortado o gás, se não houver o que se preparar através dele?”²²⁶. Outras atividades supostamente essenciais podem ser lembradas, como a compensação bancária ou a distribuição e comercialização de medicamentos²²⁷. A prestação destas atividades econômicas prende-se com a realização da dignidade da pessoa humana e está, inclusive, alçada ao nível de prestação de caráter inadiável e essencial à sociedade (como prescreve a Lei n.º 7.783/1989, que regula o art. 9.º da Constituição Federal e, para fins do exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e o atendimento de necessidades consideradas inadiáveis da comunidade). Contudo, a elas não se reserva o mesmo regime jurídico do serviço público.

Essas ponderações são indiciárias de que a ligação mais intensa com a dignidade humana não é o critério que permite autonomizar o serviço público comparativamente a outras atividades econômicas. Talvez, um ingrediente com muito maior interferência causal nesta configuração esteja na situação monopolística (e ex-monopolística) das atividades de serviço público: o que parece prevalecer na singularização do serviço público em contraposição a outras atividades econômicas é a tutela ordenatória quanto ao aproveitamento de materiais finitos, assim como

²²⁶ *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 320.

²²⁷ Aliás e quanto a estas últimas, a Lei n.º 7.783/1989, regulando o art. 9.º da Constituição Federal – que reconhece o direito de greve e remete à legislação infraconstitucional a definição das atividades essenciais e a regulação quanto ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade –, dispôs em seu art. 10.º que: “São considerados serviços ou atividades essenciais I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI - compensação bancária. Já o parágrafo único do artigo 11 da mesma lei estabelece: “São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”. PAULO MODESTO, em face destes dispositivos, oferece três conclusões relevantes: “(a) o rol de atividades consideradas essenciais no direito brasileiro abrange tanto serviços públicos quanto serviços privados, alguns de natureza evidentemente econômicas – como a compensação bancária e a distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; (b) a obrigação de assegurar a manutenção do atendimento – expressão tradicional do princípio da continuidade do serviço público – foi autonomizada, sendo irrelevante para sua aplicação o enquadramento no rol dos serviços públicos ou a *publicatio* da atividade; (c) a responsabilidade do Poder Público pela prestação dos serviços indispensáveis, em caso de violação da lei, foi prevista independentemente do fato de o serviço constituir atividade de serviços público, atividade econômica ou atividade de relevância pública” (para usar um triplice enquadramentos propostos pelo autor). “Reforma do Estado...”, p. 454 e 455.

relativamente ao controle da utilização de materiais perigosos (como indicado atrás)²²⁸.

O serviço público será a atividade econômica que, pela vinculação ao atendimento de valores prezados pela sociedade, e pelo interesse do estado em manter a reserva de sua prestação, excluindo-a do livre acesso do mercado, será assim definida pelo legislador.

3.2.1.1.3.3.5 A Discricionariedade legislativa na criação do serviço público

Insista-se que a Constituição não configurou precisamente a noção de serviço público. Deixou, por isso, margem de apreciação política ao legislador na tarefa criadora do serviço público.

Mas há limites inferíveis da Constituição que servirão não só a *restringir negativamente* a latitude de apreciação política do legislador (em certos casos, eliminando-a, no que refere à *criação* do serviço público), como a *nortear positivamente* o preenchimento político na produção do direito infraconstitucional.

Já se afirmou a afetação do serviço público à realização de valores fundamentais e relevantes da sociedade. Disso se extrai que atividades que não cumpram essa vocação estarão fora do âmbito de qualificação serviço público. Mas este parâmetro de configuração, dada a vagueza dos conceitos envolvidos na apreciação política do legislador na tarefa criadora do serviço público, afigura-se dependente de outras notas constitucionais. É relevante então encontrar na Constituição indicativos da configuração de certos grupos de atividades como merecedoras de um regime de serviço público.

Examinando as formas de previsão constitucional da intervenção legislativa na criação do serviço público, CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA identifica tanto alusões explícitas, nas hipóteses em que o texto constitucional remete à lei adotar um regime de público (concessão ou permissão) ou privado (autorização), e implícitas, como a do art. 30, V, que se refere ao serviço de transporte coletivo como de caráter essencial²²⁹.

²²⁸ Veja-se SUNDFELD. Carlos Ari. *Fundamentos...*, p. 82.

²²⁹ *Usuários*, p. 254.

Quando a Constituição faz depender a delegação de atividades pelo Estado de concessão ou permissão, em atividades prestacionais potencialmente vocacionadas ao atendimento de valores relevantes da sociedade, indica que tais devem ser prestadas sob um regime de direito público, caracterizado em alguma medida pelo uso de prerrogativas. Há casos em que a Constituição relaciona grupos de atividades econômicas (em sentido amplo), prevendo-se sua delegação por concessão, permissão (que pressupõe um regime conectado ao regime do serviço público) ou autorização (que pressupõe um regime desconectado do regime do serviço público). Ainda nestas hipóteses, pode-se inferir da letra constitucional uma presunção relativa acerca da qualificação de certos grupos como sendo, em algumas configurações, atividades de serviço público. É o que ocorre com o sempre examinado artigo 21, incisos X a XII, da Constituição – que tem servido como fundamento para parcela da doutrina conceber os ditos “serviços públicos por inerência”²³⁰.

Nestes casos, como anota CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA, “a disciplina legal, em princípio, não poderá suprimir de modo absoluto a caracterização de serviço público, remetendo todo esse campo econômico a uma exploração privada mediante autorização, p. ex. Deverá preservar, no mínimo, um certo núcleo sujeito ao regime de serviço público. Ao estabelecer a competência do Poder Público para a exploração de tais atividades (em sentido amplo), a Constituição faz presumir sua vinculação total ou parcial aos direitos e valores fundamentais. Isso significa que, em alguma medida, ao menos uma parcela dessas atividades tenderá indissociavelmente ligada à realização de valores fundamentais e deverá ser assegurada pelo Estado segundo regime de direito público”²³¹.

²³⁰ Parece-me que a maior evidência quanto à negação dos “serviços públicos por inerência”, sacados por alguma doutrina do elenco de atividades inscrito nos incisos X a XII do artigo 61 da Constituição, reside na previsão de sua delegação por *autorização*, o que conduz a admitir a sua manifestação à luz também de um regime jurídico distinto do regime do serviço público. MARÇAL JUSTEN FILHO agrega ainda outro argumento a reforçar a conclusão pela inexistência de serviços públicos por inerência. Os incisos X, XI e XII do artigo 21 não têm por finalidade fixar a distinção entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito, mas referem à distribuição de competência entre os diversos entes federais. *Teoria geral...*, p. 45, 46, 47 e 48.

²³¹ *Usuários de serviços públicos – usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 252. Para o autor, há, primeiramente, atividades expressamente referidas pela Constituição como serviços públicos, eliminando-se margem de apreciação pelo legislador, como os serviços de saúde e educação. Neste caso, a natureza do serviço vem determinada no próprio texto constitucional. Ao legislador não cabe converter tais atividades em atividade econômica em sentido estrito (relativamente ao Estado), pois que a Constituição caracterizou-as como serviços públicos. Evidentemente que, mesmo nestes casos, não

Logo, os grupos das atividades inscritas no art. 21, incisos X a XII, foram presumidos pela Constituição como sendo serviços públicos, ainda que se trate de uma presunção relativa, passível de ser afastada pela constatação de que tais não atendem a um núcleo de materialidade inerente à noção constitucional de serviço público.

O exame acerca do enquadramento daquelas atividades como sendo serviço público ou atividade econômica dependerá da análise nos casos concretos, o que envolve o exercício de uma interpretação dinâmica do texto constitucional. Não se pode desconsiderar uma substancial alteração no contexto fático relativamente à materialidade das prestações consideradas naquele dispositivo desde a gestação da Constituição de 88. O intenso desenvolvimento tecnológico produziu novas modalidades de prestação (consideradas em sua materialidade) no âmbito daquelas utilidades presumidamente essenciais. Um bom exemplo é a telefonia móvel que, surgida e disseminada com ampla capilaridade neste período, passou a integrar o grupo das atividades de telecomunicações, ampliando materialmente o seu espectro de configurações. Naturalmente, essa alteração no contexto fático (quanto à configuração destas atividades) importa conseqüências no tratamento jurídico correspondente. Assim, o incremento tecnológico experimentado desde então propiciou e tem propiciado a alteração de regime jurídico quanto a certas prestações inseridas sob o gênero das atividades nominadas nos incisos X a XII do art. 21.

O problema envolve um ângulo lingüístico de análise. Os significados sacados dos significantes utilizados pelo texto constitucional são mutantes. Os nomes gerais passam a *denotar* de modo distinto com o passar do tempo (o que envolve também uma mudança *conotativa* da palavra)²³², em vista da mutabilidade

estará suprimida a mediação legislativa no propósito de configurar as condições de sua prestação, havendo aí também a dependência de lei a configurar o serviço público acolhido constitucionalmente. Mas sob o ângulo da definição legislativa do serviço público, não há na hipótese autonomia legislativa a recusar-lhe tal natureza. *Usuários...*, p. 249 e 250.

²³² Como explica TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR, “a lingüística nos ensina que, tanto em termos de uma definição nominal quanto de uma definição real, o sentido do vocábulo a ser definido é alcançado de dois modos. Quando se diz que uma palavra significa algo, isto tem a ver com *denotação* (relação a um conjunto de objetos que constitui a sua *extensão* – por exemplo, a palavra *planeta* denota os nove astros que giram em torno do sol) e com *conotação* (relação a um conjunto de propriedades que predicamos ao vocábulo e que constitui a sua *intensão* – grafado, na terminologia técnica, com *s* –, por exemplo, a palavra *homem* conota ser pensante, masculino ou feminino). Assim, definir, denotativamente, é apontar qual o conjunto dos objetos e, conotativamente, é determinar as propriedades do conceito. Definindo-se uma palavra por sua denotação, não se pode

dos fatos. Isso se passa de modo mais evidente com categorias de nomes que refletem ações apoiadas no desenvolvimento tecnológico. Assim, a classe das “comunicações”, a partir do surgimento de novas técnicas de comunicação, teve seu significado alargado e passou a compreender atividades que inexistiam no momento de gestação da Constituição. Exemplos disso estão na comunicação pela internet e na telefonia móvel. São atividades que inovam o *léxico* e se reconduzem à natureza de atividade de “comunicação”.

Em outras palavras, a comunicação se opera por diversos *meios*, cujo espectro de possibilidades é variável ao longo dos anos (podem surgir novas tecnologias e outras podem ser abandonadas). É evidente então que tais atividades não podem ser reconduzidas de modo absoluto à categoria de serviços públicos, inclusive porque retratam situações não pressupostas pelo legislador constitucional.

Indo além, reconhece-se que a mutação da realidade pode mesmo propiciar o completo abandono do regime de serviço público presumidamente aplicável a certo grupo de atividade inscrita no elenco do artigo 21. Uma intensa modificação dos processos tecnológicos inerentes a certas atividades, com profundos e diretos efeitos quanto à acessibilidade a estes bens, pode exigir a atração do regime próprio da atividade econômica, eliminando o tratamento jurídico do serviço público. A hipótese não é impossível, uma vez que um dos ingredientes centrais do regime do serviço público está na sua reserva de prestação ao Estado.

De todo o modo, parece conclusivo que a inscrição destas atividades nos incisos do art. 21 importa presumi-las como aptas a receber a qualificação de serviço público. Mas essa definição ficará a cargo do legislador infraconstitucional, que decidirá acerca da conveniência política em tomar dada atividade por serviço público ou por atividade econômica em sentido estrito (demarcando daí o seu regime quanto a aspectos como a reserva de prestação e a gradação do controle estatal).

Um outro limite constitucional, sacado do disposto no art. 175, está na condição de reserva estatal do serviço público (e sua submissão ao regime concessório). Assim considerado, a configuração do serviço público pressupõe o interesse do Estado em mantê-lo inacessível à iniciativa privada. Um índice do substrato do serviço público, por isso, está na necessidade de preservá-lo da livre

incluir objetos que estão fora do conjunto e, por sua conotação, propriedades que não lhe pertencem. Doutro modo estaremos estipulando e não, definindo. “A definição de Produtos Semi-Elaborados e os Limites da Ficção Jurídica”. In *Revista Direito Mackenzie* n. 2, São Paulo, 2001, p. 22.

iniciativa privada, subjugando-o a uma especial regulação. Disso decorre que o serviço público deverá configurar materialmente atividade que revele falta de aptidão para ser titularizada pela iniciativa privada. A ausência desta condição impede que uma atividade seja assim definida pelo legislador, o que se impõem pela interpretação conjugada dos artigos 175 e do art. 170 da Constituição.

Logo, o serviço público será a atividade econômica assim definida por lei, presumidamente essencial e relevante para a coletividade e que revele (materialmente) a necessidade de reserva à titularidade estatal.

É relevante observar que as parcelas políticas envolvidas nesta configuração têm seu preenchimento reservado ao legislador infraconstitucional (esgotado o preenchimento das zonas de certeza positiva e negativa da aplicação dos conceitos indeterminados). Daí se dizer que não se deve olvidar o princípio instrumental à interpretação legislativa da presunção de constitucionalidade da lei. Apenas quando a definição legislativa do serviço público (ou definição legislativa de atividade econômica em sentido estrito) frustrar inequivocamente os pressupostos constitucionais de configuração do serviço público é que se poderá tê-la por inconstitucional. Trata-se, em última análise, de acolher o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

3.2.2 Os Serviços *uti singuli* e *uti universi* e a Aplicação do Modelo Concessório

Tem-se dito que a Constituição faz uso do termo *serviço público* ora para referir a atividades prestacionais que, ainda que genericamente disponibilizadas, são fruíveis *individualmente* pelos administrados (art. 145, II)²³³, pressupondo-se uma relação jurídica direta e individualizada entre o prestador, o titular do serviço e o usuário - o que se denomina de serviços públicos *uti singuli* -, ora para indicar atividades fruíveis *coletivamente* por toda a sociedade (os chamados serviços públicos *uti universi*), de prestação difusa e generalizada, onde inexistem unidades prestacionais a permitir a identificação de usuários específicos, sendo a própria Administração a receptora imediata do serviço em benefício da coletividade como um todo.

²³³ Segundo o CTN, os serviços públicos serão divisíveis “quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários” (III, art. 79).

A distinção sempre foi relevante para a aplicação da técnica concessória. Historicamente, a doutrina nacional associou a concessão aos serviços públicos *individualmente* fruíveis pelos administrados²³⁴. A estruturação do sistema tarifário – como um elemento-chave da concessão – exige a individualização da prestação, viabilizando o pagamento de tarifas pelos usuários do serviço. Essa classificação tem grande utilidade ao presente estudo, pois é hábil a apartar atividades passíveis de *tarifação* de outras em que, tecnicamente, será inviável proceder à identificação de unidades prestacionais na oferta do serviço (não se admitindo a remuneração do prestador por tarifa). Isso porque um conceito central na identificação das técnicas concessórias (concessão comum, patrocinada e administrativa) no direito nacional é o de modelo tarifário. Assim, uma classificação interessante para proceder à identificação das atividades-objeto destas tipologias contratuais é aquela que se ampara num critério que permita discernir atividades passíveis e não passíveis de aplicação do sistema tarifário. Esse exame importará circunscrever, numa categorização mais ampla, *positivamente*, as atividades aptas a figurarem como objeto das *concessões comuns* e das *concessões patrocinadas* (cujas técnicas de remuneração pressupõe o sistema tarifário) e, *negativamente*, aquelas que serão próprias de *concessão administrativa de serviços ao Estado* (pelo menos quanto ao modo de remuneração).

3.3.2.1 A Relatividade da distinção serviços *uti singuli* e serviços *uti universi*

Mas em muitos casos essa identificação do serviço público como *uti singuli* ou *uti universi* apresenta certa relatividade, como nas hipóteses de serviço de limpeza urbana²³⁵ - que envolve, em todos os casos, benefícios gerais e

²³⁴ Como já anotou MARIA SYLVIA DI PIETRO, “não podem ser objeto de concessão de serviço público tradicional nem de concessão patrocinada os serviços *uti universi*, que são usufruídos apenas indiretamente pelo cidadão, como é o caso da limpeza urbana”. *Parcerias...*, p. 57. Em orientação divergente, CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA sustenta que não há mais sentido em manter-se a classificação tradicional, porquanto os ditos serviços *uti universi*, não pressupondo uma relação direta entre um usuário e o prestador do serviço, não devem mais receber a designação de “serviços públicos”. A tese do autor coloca no centro da análise do serviço público o usuário, considerado individualmente, e as relações jurídicas que o ligam ao titular do serviço e ao seu prestador. *Usuários...*, p. 3 a 6.

²³⁵ Não se perca que o art. 2º da Lei nº 9074/95 prevê expressamente a hipótese de concessão aplicada a serviços de limpeza urbana.

individuais²³⁶. Isso tem conduzido a doutrina a afirmar que serviços públicos de prestação genérica e difusa admitem também a delegação por concessão (comum e patrocinada) de serviços públicos, desde que “se possa razoavelmente identificar (ainda que por meio de presunções legítimas) um critério de vinculação entre esses serviços e um usuário”²³⁷. Essa orientação parte do pressuposto de que, nesses casos, haverá um serviço *uti singuli*.

Anuncia-se, portanto, uma tendência de alargamento do uso da técnica concessória baseada no sistema tarifário, estendendo-a a uma gama de serviços hoje qualificados majoritariamente por *uti universi*, isto é: de prestação difusa e não-individualizada. A justificação que ampara esta tese - proposta por CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA - centra-se na vocação do modelo concessório-tarifário a ativar a responsabilidade individual (do usuário) e a atenuar a hipótese da *tragédia dos recursos públicos*. De resto, subjaz a ela pretensão de promoção da solidariedade social e da justiça distributiva dos recursos públicos. Nas palavras do autor: “A justificação para a proposta de se colocar o usuário no centro das preocupações sobre o serviço público prende-se à necessidade de restauração e reafirmação da sua responsabilidade individual. As atividades qualificáveis na noção de serviços *uti universi* são, por excelência, alheias à assunção da responsabilidade individual. Aproximam-se dos casos de *tragédia dos recursos comuns*: cada qual, egoisticamente, aproveita-se tanto quanto possível dos recursos comuns, no pressuposto de que todos os outros indivíduos, se tiverem oportunidade, farão o mesmo. As atividades realizadas difusamente, fora do âmbito de uma relação jurídica concreta, são pouco apropriadas para o estímulo da responsabilidade individual”. Busca o autor, assim, a identificação do serviço público “a partir da existência possível de um usuário determinável para o serviço e a adoção de mecanismos flexíveis, abertos e baseados em presunções para a identificação do

²³⁶ Ver PEREIRA, Cesar A. Guimarães. “Financiamento dos serviços de limpeza urbana: campo adequado para as parcerias público-privadas”, *In Parcerias Público-Privadas* (org. Eduardo Talamini e Mônica Spezia Justen). São Paulo: RT, 2005, p. 150.

²³⁷ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. “Financiamento dos serviços de limpeza urbana...”, p. 150. Mas o autor anota que “uma parcela dessas questões passa a ter relevância menor em face da configuração que hoje se dá às PPPs. As grandes dificuldades da concessão de serviços de limpeza urbana podem ser superadas com a adoção de uma concessão patrocinada – em que o Poder Público custeará parte da manutenção do serviço – ou de uma concessão administrativa, tendo a municipalidade como “usuária intermediária” (ou “indireta”, nos termos da Lei n. 11079/2004) dos serviços. O autor, em seguida, tece importantes considerações a propósito da aplicação das tarifas de limpeza urbana. (ob. cit., p. 151).

usuário, evitando que posições excessivamente formalistas impeçam a imputação do uso do serviço a um usuário determinado”.²³⁸

A tese é sedutora sobretudo quanto ao propósito de incentivar novas técnicas de individualização da prestação em atividades em princípio de utilização difusa e generalizada. Segundo GUIMARÃES PEREIRA, a identificação do usuário deve ser “criativa e flexível, não devendo ficar aferrada a posições pré-concebidas”. Logo, a fixação da natureza do serviço como *uti singuli* ou *uti universi* não pode se fazer abstratamente, mas dependerá do exame caso a caso. O autor refere a serviços de bombeiro²³⁹ e de segurança pública que envolvem não só aspectos difusos como aspectos individualizáveis. “Nas parcelas individualizáveis dessas atividades, é possível vislumbrar uma relação jurídica concreta entre o seu usuário (a pessoa que necessita da intervenção do corpo de bombeiros ou do amparo da polícia) e o Poder Público”²⁴⁰.

A razão jurídica subjacente ao propósito de buscar a singularização da prestação sempre que isso seja econômica e tecnicamente possível, em busca da aplicação do regime tarifário, acha-se não só na melhor promoção do princípio da capacidade contributiva, mas, sobretudo, no caráter regulatório-racionalizador da tarifação. Os bens utilizáveis são escassos e o dever de sua preservação exigirá que o seu acesso pelo usuário seja condicionado a uma certa contrapartida financeira. A imposição de ônus financeiro disciplina o uso da infra-estrutura e promove a sua preservação.

²³⁸ *Usuários...*, p. 16.

²³⁹ Um exemplo concreto lembrado pelo autor reside na evolução da orientação do STF acerca da taxa de bombeiros, objeto das súmulas n. 274 e 549. “Discutia-se a constitucionalidade da taxa cobrada pelos serviços do corpo de bombeiros. A decisão final pendeu pela existência de um serviço *uti singuli* neste caso, sob diversos argumentos. Em momentos variados do debate, alegou-se que embora genérico na sua manutenção como serviço potencial, o serviço torna-se “divisível por um imperativo das circunstâncias”, e que o serviço é posto à disposição de todos, mas “passa a ter destinatário certo e especificado sempre que a sua prestação se torna concretamente necessária”. *Usuários...*, p. 36.

²⁴⁰ *Usuários...*, p. 37. Os exemplos, contudo, não aproveitam a utilização da técnica concessória ante a aparente indelegabilidade destas atividades pelo envolvimento com o uso de coerção (poder de polícia).

3.2.2.2 A Superação do caráter compulsório do serviço como óbice à aplicação da concessão

Reconhece-se a distinção entre serviços públicos de fruição facultativa e de fruição compulsória. Os primeiros são aqueles em que os usuários dispõem de sua utilização, mas não estão obrigados a fazê-lo. Não há, quanto a eles, qualquer constrangimento jurídico a que os usuários obtenham a prestação. Já os de fruição compulsória estão marcados pela obrigação da utilização. A distinção está consagrada pelo texto constitucional (inciso II, art. 145) e vem prescrita pelo art. 79 da Lei n. 5.172/66 (CTN). O texto legal alude a serviços públicos utilizados efetivamente pelo contribuinte, quando por ele usufruídos a qualquer título, e a serviços apenas potencialmente utilizados pelo usuário, “quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento”. A fixação do caráter compulsório ou facultativo da fruição ocorrerá por decisão legislativa.

A razão que justifica a obrigatoriedade na obtenção de certos serviços públicos pelos usuários está na preservação do interesse coletivo que poderia restar sacrificado pela sua abstenção. A manutenção de alguns serviços, mesmo considerados em suas parcelas individuais, é fundamental para garantir a preservação de certos valores supra-individuais. Assim, a preservação de condições de saúde ambiental e social é garantida pelo uso do sistema de água e esgoto tratados e pelo serviço da coleta do lixo - serviços classicamente considerados de fruição compulsória pelos usuários²⁴¹. A ausência de utilização individual destes

²⁴¹ A compreensão acerca do caráter obrigatório ou facultativo da fruição de um serviço nem sempre será exata para fins de informar a hermenêutica a propósito da questão. Muitas vezes não há rigorosamente obrigatoriedade no plano jurídico, ainda que, na prática, possa havê-la. Para HUGO DE BRITO MACHADO, por exemplo, o caráter de compulsoriedade da fruição de certo serviço dependerá da inexistência de outros meios de obtenção da prestação mediante proibição legal de fazê-lo. Assim e, por exemplo, “se há norma jurídica proibindo a instalação de grupo gerador ou unidade de captação de energia solar em residências ou estabelecimentos comerciais ou industriais, de sorte que o atendimento da necessidade de energia elétrica por qualquer outro meio que não seja o serviço público torna-se impossível *sem violação da ordem jurídica*, tem-se que a utilização do serviço, e por isto mesmo o pagamento da remuneração correspondente, é compulsória. Neste caso, essa remuneração correspondente é taxa”. Da mesma forma, “Se há norma proibindo o atendimento da necessidade de água e de esgoto por outro meio que não seja o serviço público, a remuneração correspondente é taxa. Se a ordem jurídica não proíbe o fornecimento de água em pipas, nem o uso de fossas, nem o transporte de dejetos em veículos de empresas especializadas, nem o depósito destes em locais para esse fim destinados pelo Poder Público, ou adequadamente construídos pela iniciativa privada, então a remuneração cobrada pelo serviço público de fornecimento de água e

serviços é apta a gerar efeitos nocivos a toda a coletividade. O comprometimento da salubridade ambiental e a difusão de doenças no meio social seriam decorrências necessárias da ausência de manutenção permanente e abrangente destes serviços. Logo, a obrigação quanto à sua utilização individual afigura-se solução imposta pela promoção do interesse geral (e de sua supremacia sobre o individual).

A hipótese da prestação indireta de serviços públicos compulsórios tem provocado dúvidas quanto à modalidade de remuneração cabível, se taxa ou tarifa. Um desdobramento da disputa está em que, a se considerar a aplicabilidade exclusiva do sistema tributário da taxa para serviços divisíveis de fruição compulsória prestados indiretamente, plantar-se-ia a dúvida acerca do cabimento mesmo da concessão, uma vez que o modelo seria inconciliável com o sistema tributário de remuneração²⁴².

Parte da doutrina tem aludido que a prestação de serviços públicos divisíveis compulsórios exigiriam exclusivamente a taxa como modo de remuneração. Inferem daí alguns que a concessão, que se vale inexoravelmente do sistema tarifário como modalidade de remuneração ao concessionário, não seria viável à hipótese. A tese da inaplicabilidade da tarifa aos serviços compulsórios baseia-se na dedução de que a cobrança tarifa não pode ter caráter de obrigatoriedade, pois pressupõe a oferta de um serviço num regime de liberdade de opção de uso pelo usuário. Isto é: a aplicação do sistema tarifário dependeria da existência de uma relação contratual travada entre concessionário e usuário, o que importa o reconhecimento de um exercício de autonomia de vontade por parte deste último. Como remuneração

esgoto é preço público. Se, pelo contrário, existem tais proibições, de sorte a tornar o serviço público o único meio de que se dispõe para o atendimento da necessidade de água e de esgoto, então a remuneração respectiva será taxa". E conclui o jurista: "Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há de ser fixado por critérios definidos em lei. Terá, em síntese, as garantias estabelecidas na Constituição". "As taxas no direito brasileiro". *Revista Interesse Público* n. 12. Porto Alegre: Nota Dez. 2001. p. 29. Já outros doutrinadores apresentam enfoque algo distinto. MARÇAL JUSTEN FILHO, por exemplo e sob um ângulo prático, afirma ser impossível a afirmação de que o consumo da energia elétrica é facultativo, uma vez que a prestação é imprescindível à obtenção de utilidades essenciais e indispensáveis (ainda que reconheça ser juridicamente incorreto afirmar a compulsoriedade de seu consumo). *Teoria geral...*, p. 343.

²⁴² Mas há quem admita que a concessão funcione (indiretamente) a partir de remuneração fundada no sistema tributário de taxa. Nesta hipótese, a entidade arrecadante das taxas seria o Poder Concedente – único legitimado a cobrança do tributo –, que, valendo-se da técnica concessória, repassaria os valores à guisa de remuneração do concessionário do serviço público. Quem paga o concessionário, *in casu*, é o poder concedente, "usuário intermediário" do serviço. Essa situação pode ser reconduzida ao modelo da concessão administrativa.

própria de um regime contratual (que, em alguma medida, deve assegurar a *liberdade de estipulação e liberdade de celebração*), a tarifa afigurar-se-ia inconciliável com a prestação de serviços de fruição *compulsória*. Logo e nestas hipóteses, só haveria o cabimento do regime da taxa, vocacionada pela Constituição Federal à remuneração de serviços divisíveis e de utilização obrigatória pelos usuários (inciso II do art. 145).²⁴³

Ademais disso, argumenta-se que a fruição compulsória depende de ato de autoridade que constrange a vontade do particular – próprio de uma atuação administrativa de império e de exercício incabível pelo concessionário privado. Por isso também o dever de recolhimento dos valores pagos há de ser *ex lege*, vinculado que é a um serviço de utilização compulsória.

O raciocínio acima pressupõe a contraposição dos regimes jurídicos da tarifa (uma espécie de preço público) e taxa. Enquanto preço público²⁴⁴, a tarifa, ainda que regulada autoritariamente pela Administração, submete-se em alguma dose aos mecanismos de mercado, sendo influenciada pelo dinamismo próprio deste setor. Já a taxa está submetida aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei ao exercício financeiro correspondente, ou seja: somente pode ser instituída por lei e sua cobrança deve estar autorizada desde o exercício orçamentário anterior²⁴⁵.

Portanto, a tarifa apresenta a natureza de *preço*, pressupondo uma relação jurídica espontânea entre concessionário e usuários. Como tal, pode inserir-se numa disciplina mais ou menos rígida quanto ao controle administrativo do valor cobrado, ficando ao encargo da Administração o poder de fixá-la e alterá-la conforme se

²⁴³ Confira-se a Súmula n. 545 do Supremo Tribunal Federal: "Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu".

²⁴⁴ Em estudo ainda anterior à Constituição, mas ainda atual, CAIO TÁCITO explica que "... a noção de preços públicos já adquiriu foros de autonomia, inconfundindo-se com o conteúdo das taxas. Ambas correspondem à propiciação de bens ou serviços divisíveis e caracterizados. Mas, enquanto as taxas pressupõem a obrigatoriedade e dispensam a utilização efetiva (é necessário, apenas, que os serviços se encontrem à disposição dos usuários), os preços públicos equivalem a serviços facultativos e não se impõem senão em virtude do ato direto de uso ou aquisição". "O preço público nos serviços concedidos", *In Temas de Direito Público*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 799.

²⁴⁵ Confira-se, a este propósito, a ponderação de HUGO DE BRITO MACHADO, que afirma que "nenhum tributo pode ser cobrado, em cada exercício financeiro, sem que a lei que o instituiu, ou aumentou, tenha sido publicada antes do seu início. Para entrar em vigor no dia primeiro de janeiro, viabilizando a cobrança a partir de então, lei que institui ou eleva tributo deve ter sido publicada até o dia 31 de dezembro do ano anterior. Pelo princípio da irretroatividade, nenhum tributo pode ser cobrado se o fato gerador respectivo tiver ocorrido antes do início da vigência da lei que o instituiu, ou aumentou. "As taxas...", p. 38

verifiquem os pressupostos para tanto. Mas em qualquer hipótese consistirá numa remuneração atrelada ao custo operacional do contrato de concessão, na acepção de que compõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Diversamente, a taxa é rigidamente fixada por lei, só podendo modificar-se por esta via. Daí que, ainda que o seu estabelecimento possa não ser completamente desinteressado do custo da produção da prestação²⁴⁶, este tributo, sob um prisma dinâmico, não apresenta a mesma correspondência financeira com a prestação do serviço (que a tarifa).

A razão invocada para amparar a aplicação da taxa aos serviços compulsórios reside no suposto caráter garanstístico do regime jurídico da taxa relativamente aos usuários. A restrição à liberdade de fruição do serviço (autoritariamente imposto aos usuários) teria em contrapartida as garantias da anterioridade e da legalidade. Assim, a substituição da taxa por tarifa na hipótese – defendem alguns – “a pretexto de tornar socialmente justa a forma de custeio de serviços públicos, destrói as garantias constitucionais que consubstanciam limitações ao poder de tributar”. Na visão de um prestigiado tributarista, a tese “amesquinha o princípio da divisão dos poderes do Estado e abre caminho para a privatização do poder de tributar, que passaria a ser exercido por empresas privadas a pretexto de prestarem serviços públicos de utilização compulsória”²⁴⁷.

Com respeito às orientações divergentes, não vejo óbice a que o regime tarifário compatibilize-se com a compulsoriedade da utilização do serviço pelo usuário.

Note-se que o legislador constitucional, ao admitir no art. 175 a hipótese de prestação de serviços públicos por concessão ou permissão nenhuma restrição inscreveu para os serviços ditos de fruição compulsória. Isto é: admitiu o texto constitucional que a delegação de serviços públicos por concessão ou permissão (que supõe a viabilidade do regime tarifário) opere-se indistintamente para os serviços públicos de fruição facultativa ou compulsória. Não se proscreeu a delegação dos serviços de fruição obrigatória.

²⁴⁶ É certo que a destinação dos recursos arrecadados com o tributo são indiferentes ao seu regime jurídico. Não integra o regime jurídico da taxa a destinação a ser dada aos recursos originados de sua cobrança. É como disse GERALDO ATALIBA: “a relação tributária é regida pelo direito tributário; a destinação dos dinheiros é questão não tributária, mas constitucional-financeira, de direito orçamentário. (...) *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 158.

²⁴⁷ MACHADO, Hugo de Brito. “Custeio de serviço público de uso compulsório”, *In Revista Interesse Público* n. 23, Porto Alegre: Nota Dez, 2004, p. 13. Em sentido próximo, confira-se JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral...*, p. 348.

Pois admitir a *delegação* dos serviços de fruição compulsória é admiti-los como objeto de concessão ou permissão.

Supor que tais serviços devam ser remunerados exclusivamente por taxa significa recusar a sua suscetibilidade ao modelo concessório, inconciliável com o sistema tributário. O regime da concessão é informado pelo princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato, o que pressupõe a existência no seu bojo de cláusulas financeiras orientadas permanentemente a um certo equilíbrio da relação entre encargos do prestador e remuneração advinda do negócio. Assim e em tese, as cláusulas financeiras da concessão estarão continuamente se adaptando ao dinamismo da realidade econômico-financeira que circunda a execução da concessão, assegurando-se a manutenção do equilíbrio contratual. Para tanto, o Poder Concedente dispõe da faculdade (e do dever) de recompor os preços contratuais desde que verificado pressuposto para tanto, sem necessidade da existência de lei prévia autorizativa. Mais do que isso, é próprio do regime contratual da concessão o recurso a modelos de remuneração destinados ao incremento da eficiência e à modicidade tarifária, segundo fórmulas de atualização dos valores aptas a gerar conjugadamente o aumento da produtividade e a redução no preço do serviço (IPC-X). Estas técnicas não se compatibilizam com as amarras do sistema tributário da taxa, que não favorece nem admite a exata e permanente readequação dos preços às mutantes condições de prestação. Logo e por isso, seria correto dizer, com as palavras de JUSTEN FILHO, que “a Constituição Federal, ao tutelar a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo, produz uma espécie de redução da amplitude eficaz do sistema tributário. Retira do seu âmbito a remuneração atinente aos serviços públicos outorgados aos particulares por via de concessão ou permissão”²⁴⁸. Lembra-se, então, com MARIA SYLVIA DI PIETRO, que “impor a instituição de taxa (sujeita ao princípio da legalidade) aos serviços públicos concedidos tornará inviável a utilização da concessão, já que a

²⁴⁸ *Teoria geral...*, p. 347. Mas é preciso esclarecer que este autor não comunga do entendimento defendido neste trabalho, porquanto entende que a compulsoriedade da fruição do serviço configura situação restritiva da opção pelo modelo da tarifa. Conforme explica o jurista acerca dos serviços de uso compulsório, “a tarifa não pode ser utilizada numa hipótese desta ordem, na medida exata em que seu regime jurídico se reconduz aos mecanismos de mercado. A não-submissão aos princípios da legalidade e da anterioridade reflete o afastamento de certas garantias aos indivíduos, garantias essas que são a contrapartida da severidade e gravidade das restrições inerentes aos serviços públicos de consumo compulsório”. *Teoria geral...*, p. 348.

taxa é inadequada como meio de assegurar ao concessionário o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro”²⁴⁹.

Daí que o inciso II do art. 145 da Constituição – freqüentemente invocado como fundamento à tese que defende o exclusivo cabimento da taxa para a prestação de serviços públicos de fruição obrigatória – só pode ser aplicado à hipótese de prestação direta de serviços públicos. Isso porque, como dito, quando o texto constitucional tratou da prestação indireta de serviços públicos (de fruição facultativa ou compulsória) previu a aplicação do sistema concessório, que se conaduna com a remuneração por tarifa e rejeita o regime das taxas.

E essa parece ser a melhor exegese para a leitura conjugada destes dispositivos, já que o art. 145 insere-se em Capítulo dedicado ao sistema tributário – próprio da atuação direta estatal, enquanto o art. 175 está abrigado na regulação constitucional da ordem econômica.

Indo avante e adentrando-se propriamente no exame da contraposição da autoridade inerente à exigência legal do uso do serviço pelos usuários à liberdade de estipulação contratual subjacente ao regime tarifário, o que se nota é uma falsa percepção do problema por aqueles que negam o cabimento da tarifa. Nos serviços ditos de fruição compulsória, a imposição legal é quanto ao uso da infra-estrutura e não quanto ao pagamento da tarifa. O pagamento do preço público decorre da utilização (mesmo que potencial) da infra-estrutura. Mas a obrigação legal repousa sobre a fruição, sendo que o pagamento de tarifa consistirá numa decorrência do uso obrigatório da infra-estrutura pelo usuário. Não há imposição autoritária quanto ao pagamento de tarifa, mas tão-somente quanto ao uso. Por isso tem total procedência o pensamento de CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA quando afirma que “o ato de autoridade privativo do Poder Público relativo aos serviços compulsórios está na definição legislativa da compulsoriedade. A partir daí, o fornecimento do serviço desenvolve-se como qualquer outro. (...) A questão central está na legitimidade ou não da definição do serviço como compulsório. (...), sendo legitimamente definido como obrigatório pela lei, não existe peculiaridade na sua forma de prestação ou remuneração em relação a qualquer outro serviço”²⁵⁰.

²⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias...*, p. 389.

²⁵⁰ *A tutela...*, p. 312. Em sentido próximo, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO afirma que “a distinção quanto à natureza da imposição, com base no conceito constitucional de taxa, só é cabível quando o serviço seja prestado diretamente pelo próprio Estado. Contudo, não tem nenhum sentido

Por outro lado, não é correta a afirmação de que a natureza contratual da concessão pressuporia obrigatoriamente o livre exercício da autonomia da vontade, situação incompatível com a determinação legal da fruição do serviço compulsório. Mesmo no terreno do direito privado, onde se erigiu o instituto do contrato e floresceu em sua mais autêntica expressão a teoria da autonomia da vontade, não são desconhecidos os contratos de fruição obrigatória. Examinando as limitações à liberdade contratual, ANTUNES VARELA, explica que “Há situações em que as pessoas (singulares ou coletivas) não gozam da liberdade de contratar, porque são obrigadas a contratar e não podem recusar a celebração do contrato”. E lembra casos em que a celebração do contrato é imposta diretamente por lei a uma das partes ou a ambas delas (*contrats imposés; diktierte Verträge*)²⁵¹. Pois como bem defende SÉRVULO CORREIA: “a proibição da recusa de contratar ou a imposição da iniciativa de contratar não bastam para retirar o caráter negociais às relações que no seu âmbito venham a ser constituídas”.²⁵² De fato, só deixaria de existir contrato “quando os efeitos se produzem independentemente da vontade do declarante, da qual se prescinde inteiramente” (CASTRO MENDES).²⁵³

Logo, também não se põe como incompatível com a compulsoriedade da fruição a natureza contratual da concessão.

Também não vejo a compulsoriedade da fruição como óbice à aplicação do sistema concessório sob o ângulo da ausência de assunção de riscos pelo

quando o serviço é prestado por meio de concessão ou permissão, porque a esses institutos é inerente a cobrança de tarifa (...) Se a própria Constituição admite a prestação do serviço público por meio de concessão, (...) é porque está permitindo que sua remuneração se faça por meio de tarifa, independentemente da obrigatoriedade ou não da utilização do serviço pelo particular”. *Parcerias...*, p. 389. Em sentido diverso, comenta JACINTHO ARRUDA CÂMARA que “a conjugação do critério da obrigatoriedade com o da delegabilidade produz a consequência prática de que serviços que venham a ser considerados obrigatórios (como os de água e esgoto) não poderão ser objeto de delegação a particulares. Isso porque (...), optando-se por impor a obrigatoriedade, o regime a ser aplicado é o tributário (taxas) e este se mostra incompatível com a delegação a particulares por meio de concessão”. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*. Tese de Doutorado. PUC/SP. 2004, p. 49 e 50. Pela aplicabilidade da tarifa a serviços de fruição obrigatória concedidos a particulares, ver BAGATIN, Andréia Cristina. “A natureza da cobrança pelo serviço prestado por concessionário de serviço público (comentários a acórdão do STJ)”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 220.

²⁵¹ *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 128. O autor anota que: “Assim sucede, no geral, com as empresas particulares (particulares ou públicas) concessionárias ou exploradoras de serviços públicos (transportes ou comunicações) ou fornecedoras de bens vitais (água, energia, etc), que não podem, por força dos regulamentos que disciplinam sua atividade, recusar-se a contratar com o público”. *Direito...*, p. 128

²⁵² *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 457.

²⁵³ *Legalidade...*, p. 457.

concessionário quanto ao inadimplemento dos usuários – situação supostamente típica deste modelo. A este aspecto, observo que o *risco de utilização*, traço característico das concessões tradicionais, consiste num fator previamente considerado pelo concessionário para o ingresso no contrato de concessão. É dizer: a equação econômico-financeira aperfeiçoa-se a partir da consideração de níveis de utilização da infra-estrutura, que são de conhecimento e previsão pelas partes. Não se vê na concessão um contrato dotado de excessiva aleatoriedade, como supõe o argumento combatido. Por outro lado, a obrigatoriedade da fruição não eliminaria o risco do concessionário quanto ao dimensionamento do contingente de utilizadores, muito menos no que diz com o pagamento das tarifas. Bem apanha FLORIANO MARQUES NETO, neste particular, que na concessão tradicional o particular-concessionário assume o ônus de cobrar tarifa dos usuários – “o que é bastante diferente do risco do não-pagamento”. Não seria incomum que inadimplementos em doses expressivas ensejassem, a par do sistema de restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, “o direito do concessionário a postular do concedente medidas para neutralizar o impacto desse não-pagamento”²⁵⁴. Logo: o argumento é excessivo ao supor um alcance que o modelo concessório não tem.

Deve-se desfazer também a suposição de que o modelo tributário, com suas amarras e seus rigores, melhor atenderia ao interesse dos usuários – que, submetidos a um esquema de uso obrigatório, teriam de, em contrapartida, beneficiar-se do regime protetivo do sistema tributário, garantidor da estabilidade e da anterioridade da taxa como meio de cobrança pela fruição.

Não parece inteiramente procedente o raciocínio. Se é verdade que a taxa está submetida aos princípios da anterioridade e da legalidade (estabilidade), o que produz um certo engessamento no valor cobrado pela utilização da infra-estrutura, sua imobilidade é apta a conter, por outro lado, os benefícios de economia que poderiam ser alcançados num regime concessório de cariz dinâmico. O regime da concessão pressupõe, diversamente da estabilidade da taxa, a manutenção dinâmica da equação econômico-financeira do contrato, dotando os preços cobrados pelo uso do serviço público de relativa alterabilidade. Sempre que a equação econômico-financeira se romper em benefício do concessionário, um dos efeitos jurídicos necessários pode estar na redução do valor da tarifa. Cogita-se do

²⁵⁴ *As parcerias público-privadas...*, p.320.

desbalanceamento da equação econômico-financeira em favor do usuário, provocado por eventos supervenientes ou mesmo induzido pela Administração (em busca da modicidade tarifária). Um exemplo está na hipótese de receitas alternativas de remuneração ao concessionário implementadas supervenientemente à celebração do contrato de concessão, que propiciam a redução proporcional do valor da tarifa. Mas inúmeras outras hipóteses poderiam ser lembradas, inclusive situações de eventos econômicos imprevistos e supervenientes à celebração do contrato de concessão que provoquem a quebra da sua equação financeira.

Veja-se, também, que a flexibilidade do regime tarifário quanto à engenharia econômico-financeira de custeio da concessão pode propiciar a adoção de mecanismos de remuneração afetos à economicidade e à modicidade tarifária. São conhecidos modelos que conjugam o estímulo à eficiência e o alcance da redução do preço do serviço. A fórmula IPC-X (índice geral de preços menos fator de eficiência X) retrata a busca pela maior eficiência na prestação anelada à promoção da progressiva redução no valor da tarifa, segundo a lógica de que todo o benefício decorrente de uma maior produtividade alcançado pelo concessionário deverá repercutir também em benefícios tarifários ao usuário²⁵⁵. Há a distribuição do ganho de produtividade, que não é absorvido integralmente pelo concessionário, mas reverte parcialmente à redução do valor da tarifa²⁵⁶.

Um outro aspecto está em que o sistema tarifário melhor atende ao exato custeio da prestação, evitando-se o preenchimento das diferenças de saldo com recursos públicos de despesas gerais ou daqueles provenientes de outros fundos. Pressupondo-se a destinação da receita advinda do pagamento das taxas ao custeio da prestação do serviço²⁵⁷, o regime da taxa, com suas limitações sobretudo quanto à alterabilidade do tributo, é potencialmente apto a gerar descompassos entre o real

²⁵⁵ Conforme ARIÑO ORTIZ, esta fórmula “introduce incentivos a la reducción de costes al controlar los precios (no los costes) y permite la traslación de las garantías de eficiencia a los consumidores mediante la revisión periódica del factor de productividad...” *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ara Editores, 2004, p. 645.

²⁵⁶ Embora este enfrentamento demande maior especialidade, não se vê, ao menos em tese, impedimento a que esta técnica pudesse ser utilizada em serviços ditos de fruição compulsória.

²⁵⁷ Como advertido por FABIANO VERLI, em obra dedicada a estabelecer os parâmetros distintivos entre taxa e tarifa, “a necessidade de o serviço correlato à taxa ser referido a uma atuação estatal não implica, inclusive, que a receita vá cobrir, em toda a sua extensão, o custo da atividade, pois a norma tributária não existe em função da manutenção do serviço. Esta, por meio dos fundos gerados pela arrecadação, será apenas sua consequência provável, mas sem que isso penetre a natureza jurídica da taxa. Obviamente, tributo “vinculado” não quer dizer tributo de receita “vinculada”. *Taxas e preços públicos*. São Paulo: RT, 2005, p. 117.

custeio das operações de serviço público e os valores pagos pelos usuários. O engessamento da taxa frente à dinâmica da economia propicia uma descoincidência na relação estreita que deve (segundo a lógica da melhor distribuição dos encargos sociais) pautar a receita e a despesa pertinentes à execução material do serviço público. Esse descompasso poderá gerar o inevitável (e não-programado) custeio do serviço público por receitas gerais, hipótese que retira do pleno domínio da gestão administrativa uma adequada programação quanto a políticas públicas de tarifação.

Não seria ocioso perceber então que a tarifa é, sobretudo, um meio de implementação de políticas públicas²⁵⁸. O administrador dispõe do sistema tarifário para propiciar benefícios aos usuários e à coletividade quanto à melhor realização dos serviços públicos. Assim, em algumas hipóteses, subsídios cruzados poderão ser utilizados como mecanismo de acesso ao serviço público; em outras, a tarifação extrafiscal será adotada como modo de regular o uso de bem escasso, e assim por diante²⁵⁹. O sistema tarifário é caracteristicamente apto a veicular a implementação de políticas públicas. E sua vocação, neste particular, decorre de uma certa flexibilidade que marca a sua existência como modelo remuneratório atento ao dinamismo da realidade econômica que circunda o serviço público. Muito embora as políticas públicas serão genericamente definidas em lei, atos administrativos darão aplicabilidade às diretrizes legais, regulando aspectos relevantes do serviço público, como o valor da tarifa, os modelos à sua parametrização, a extrafiscalidade etc.

²⁵⁸ Como refere JACINTHO ARRUDA CÂMARA, “A escolha do regime tarifário a ser adotado depende de uma decisão política; não é mera aplicação de dados objetivos, que visem unicamente à fixação de um preço justo para a prestação de um dado serviço. A tarifa, portanto, não é mero elemento comercial da prestação de serviço público. É, antes disso, um fundamental instrumento de implementação de políticas públicas”. *O regime tarifário...*, p. 77.

²⁵⁹ Sem posicionar-me acerca da conveniência ou não de internalizar na concessão um sistema de subsídios cruzados ao financiamento de tarifas sociais aos mais carentes, vale observar que tal mecanismo não seria viável pressupondo-se a aplicação do regime das taxas, uma vez que a hipótese poderia caracterizar efeito confiscatório do tributo, proscrito pela Constituição federal (inciso IV do art. 150 da CF). Como disse JOANA PAULA BATISTA, “o efeito confiscatório é observado quando o valor do tributo ultrapassa o custo efetivo do serviço que é prestado ou posto à disposição dos cidadãos. Assim, a base de cálculo das taxas de serviço não pode ultrapassar o custo de sua prestação, sob pena de macular o princípio que veda o efeito confiscatório dos tributos”. *Remuneração de Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80.

3.4 Ainda o Objeto da Concessão Comum: os Arranjos Possíveis

Buscou-se atrás delimitar o serviço público como atividade passível do modelo concessório (dotado de sistema tarifário). Mas a expressão *concessão de serviços públicos* tem sido utilizada no direito brasileiro para referir não só a prestação de um serviço público como também a execução, manutenção ou exploração de uma obra pública. Isso porque a Lei n. 8987/95 equiparou seus regimes jurídicos. Daí se atribuir à terminologia concessão de serviços públicos um sentido largo. Nos incisos II e III do art. 2º, a Lei Geral de Concessões considerou duas hipóteses fáticas qualificáveis como concessão: a (a) “concessão de serviço público”, como sendo a “delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; e a (b) “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública”²⁶⁰, como sendo “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

Ainda que as definições legais sejam bastante criticáveis - sobretudo porque trazem para as descrições das hipóteses normativas consequências jurídicas de sua subsunção, como o dever de precedência de licitação na modalidade de concorrência e a atribuição a pessoa ou consórcio com capacitação -, de sua leitura é inferível uma multiplicidade de configurações do modelo concessório que deve ser investigada.

²⁶⁰ Em Portugal, não é típica a concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública. Mas não há impedimento a que este tipo de arranjo seja praticado pela Administração. Nestas hipóteses, haverá um contrato misto, atraindo o regime da concessão de serviços públicos (pura) e da concessão de obra pública (pura). Como dizem FREITAS DO AMARAL e LINO TORGAL, “se existem concessões de obras pública puras e concessões de serviços públicos puras, um contrato que reuna os elementos típicos de cada uma delas (respectivamente, execução de obras públicas e exercício de actividades de serviço público) não deve ser, à revelia de qualquer indicação legal nesse sentido, qualificado apenas e só como concessão de obras públicas nem apenas e só como concessão de serviços públicos”. Nestes casos, o regime do contrato deverá equacionar-se pela aplicação da doutrina da combinação ou da doutrina da absorção. *Estudos...*, p. 300 e 301.

Uma tentativa de sistematização importaria separar as concessões que envolvem a prestação de um *serviço público* daquelas que envolvem a realização de serviços acessórios a uma obra. Assim, são distinguíveis desde logo concessões de serviço público das concessões de obra (pública). No primeiro grupo (1), acham-se as (1.1) concessões de serviço público; e (1.2) as concessões de serviços públicos precedida da execução de obra pública; no segundo, (2) as concessões de obra pública.

3.3.4 A concessão pura de serviço público

Na concessão de serviços públicos, o escopo do concessionário cinge-se unicamente à prestação de um serviço público. O concessionário provê a estrutura material apta à operação do serviço público, percebendo remuneração pelas tarifas pagas pelos usuários e/ou por receitas alternativas. É o caso, por exemplo, do transporte ferroviário ou do transporte coletivo urbano de passageiros.

Na concessão pura de serviço público (como ilustra SARMIENTA GARCÍA), o que é fundamental está na ausência de investimento privado que reverta em benefício do patrimônio público. Reduzida às últimas consequências, a concessão pura importará no mero aporte de gerenciamento, de know-how, de conhecimento prático realizado pelo particular, que pode se aplicar a organizar um conjunto de bens próprios ou de bens do poder concedente²⁶¹. Logo, não se verifica aqui a dependência do serviço público à execução de “obra” a lhe permitir a exploração pelo concessionário. Envolve apenas atividade gerencial do concessionário, organizativa de certa estrutura material que instrumenta o provimento do serviço público.

Ainda quando o serviço público dependa da existência de uma *obra* que lhe seja acessória e instrumental, a outorga estatal da gestão do serviço clausulada com a cessão do direito de uso de obra existente configura a concessão pura de serviço público.

²⁶¹ *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1999, p. 91.

3.3.5 A concessão de serviços público precedida da execução de obra pública

Há casos em que o serviço público decorre e depende da execução prévia de obra pública. Para que a prestação do serviço público seja possível, é necessário previamente prover a infra-estrutura necessária, instrumental e acessória à prestação do serviço público, que se retrata na construção de uma *obra pública*. Tem-se assim a edificação de uma obra seguida da prestação de um serviço público. É o exemplo do serviço de geração de energia elétrica, produzida a partir da construção de usina hidrelétrica. A hipótese é acolhida no inciso III do artigo 2. da Lei n. 8987/95.

O fundamental na concessão de serviço público precedida da execução de obra (diversamente do que ocorre na *concessão de obra*) está no vínculo de instrumentalidade entre a execução do serviço público e a obra que lhe precede. Só será possível o provimento do serviço a partir também da edificação da obra, que lhe é instrumental e acessória. Não há, aqui – reforce-se –, serviços meramente acessórios à obra (tal como se procede na concessão de obra), mas o provimento de *serviço público* gerado também a partir da existência de uma obra. Diferentemente do que ocorre na concessão de obra, em que a obra é o objeto da exploração econômica pelo concessionário (que arrecada tarifa dos usuários pelo uso da obra), na concessão de serviço público precedida da execução de obra, a ênfase está na prestação do serviço público, que é explorado economicamente pelo concessionário e fruído individualmente pelos usuários. A obra afigura-se apenas um pressuposto fático ao oferecimento do serviço.

Os antigos precedentes da jurisprudência francesa, aliás, já perseguiram a nota distintiva entre a concessão de obra e a concessão de serviços e obras (ou concessão de serviços precedida da execução de obra), dizendo-se que a relevância da obra pública na segunda passa a um plano secundário, “impondo-se, fundamentalmente, a idéia do serviço”, o que, segundo relata SAMIENTO GARCÍA, traria na doutrina francesa (e espanhola) posterior uma conseqüência irredutível: a necessidade de admitir a existência de concessões de serviços públicos em que o

concessionário não tenha sido previamente o construtor (arrêt Thérond, de 4/03/1910; arrêt Sassey, de 16/12/1921 e arrêt Gheusi, de 27/07/1923)²⁶².

Uma distinção relevante que pode ser apontada entre as hipóteses – e que reflete uma diferença de tratamento jurídico – está na inexistência de prestação de “serviço público” na concessão de obra. Nesta, como se verá, há serviços meramente acessórios à obra, que lhe permitem a exploração econômica pelo concessionário. Mas estas atividades não serão tecnicamente reconduzíveis à noção de “serviço público”. Haverá assim serviços acessórios a uma obra, que permitem a sua exploração econômica pelo concessionário.

3.3.6 A concessão de obra pública

Concessão de obra pública é um contrato administrativo pelo qual o Poder Público ajusta com o concessionário a execução de obra, remunerando-o partir das tarifas pagas diretamente pelos usuários²⁶³. A espécie tem por objeto a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público. Sua previsão legal insere-se na parte final do inciso III do art. 2 da Lei n. 8987/95. Muito embora o dispositivo refira-se à “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública”, descreve a hipótese como sendo “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público..., por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

Na concessão de obra pública, a remuneração reservada ao concessionário pela execução das obras advém exclusivamente de tarifas pagas pelos usuários e/ou de receitas alternativas. Não compreenderão aporte de recursos públicos. Para

²⁶² GARCÍAS, Jorge Sarmiento. *Concesión...*, p. 87.

²⁶³ Na Espanha – explica FRANCISCO SANZ GANDÁSEGUI – existe uma tendência (doutrinária e jurisprudencial) em qualificar esses contratos de concessão como *contratos mistos* em que a vertente da exploração da obra pública se qualifica como contrato de gestão de serviços públicos em regime de concessão. Anota o autor que o Supremo Tribunal, relativamente aos contratos de concessão de obra, evidenciando sua natureza mista, distingue duas fases: uma fase de execução, regida por normas de contrato de obra, e a fase de exploração, onde predomina sua consideração como serviço público, atraindo as consequências correspondentes à aplicação das técnicas próprias desta instituição, como força maior, o risco imprevisível e o *ius variandi*. “El concepto de contrato de concesión de obra pública”, *In Comentarios a la nueva ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madrid: Civitas, 2003, p. 95.

que se configure a concessão comum de obra, pressupõe-se a inexistência de contrapartidas pecuniárias pela Administração-concedente. A integração no bojo do objeto de uma concessão de obra pública de contraprestações providas pela Administração, como complemento de receita, atrai o tratamento jurídico da concessão patrocinada de obra, espécie examinada adiante. Relembra-se, aqui, o que já se afirmou acima: se a aplicação do modelo concessório pressupuser contraprestação pecuniária da Administração de molde a integrar a receita do concessionário se estará diante de uma parceria público-privada e não de uma concessão comum de serviços ou obra públicos.

A concessão de obra pública não envolve a prestação de serviço público (em seu sentido mais técnico). Haverá a prestação de serviços ao Estado, consistente na construção, reforma, ampliação ou manutenção de obra. O acesso ao uso da obra será tarifado, sendo essa a fonte de receita do concessionário, que aportará recursos ao financiamento da obra, arcando com todos os custos de sua implementação e manutenção. Vista sob um prisma financeiro, a concessão de obra consiste numa alternativa de financiamento de empreendimentos públicos pelo capital privado, dispensando-se a Administração de prover financeiramente a sua implementação. O concessionário adianta os investimentos necessários à execução das obras, adquirindo o direito de explorar economicamente o empreendimento depois de pronto. A remuneração deve ser abrangente dos investimentos aportados e da margem de lucro pressuposta (ainda que essas previsões sejam fruto de estimativas, sendo o *risco de utilização* um dos elementos intrínsecos à formação econômico-financeira da concessão de obra pública).

Assim como a concessão de serviços públicos, a concessão de obra pública pressupõe o risco de utilização como um dos elementos de sua configuração econômico-financeira. Deste modo, não há um preço certo e rígido a remunerar o concessionário pelas prestações executadas, mas sua remuneração ficará ao sabor do risco de utilização pelos usuários. Configura-se, assim, uma equação econômico-financeira dinâmica, deslocando-se para a álea ordinária uma certa oscilação nos níveis de freqüência remunerada da obra. O risco da utilização é assumido pelo concessionário, que por ele responde. É claro que estimativas embasadas em estudos tecnicamente elaborados devem servir de parâmetro informacional (inclusive relativamente à Administração) quanto ao retorno do investimento.

Contudo, pela própria natureza do ajuste, é impossível eliminar completamente o risco absorvido pelo concessionário. Numa concessão comum de obra pública, sempre haverá riscos suportados pelo concessionário. Isso não significa afirmar que, tomada em sua materialidade, o ajuste não possa comportar a redução ou eliminação do risco. A roupagem jurídica das concessões patrocinada e administrativa, que pressupõem sempre uma contrapartida do Poder Público a integrar a receita do concessionário, é apta a vestir ajustes dessa natureza, atraindo regime jurídico pouco diverso. Em alguns casos, pode-se mesmo eliminar inteiramente o risco de utilização, optando-se pela estruturação de uma concessão administrativa.

Não é ocioso perceber então que um aspecto intrínseco à hipótese fática da concessão comum de obra pública reside na vocação da obra à exploração comercial. Para que haja uma concessão comum de obra, é necessário que essa seja naturalmente apta a gerar resultados financeiros ao concessionário. Uma obra desprovida desta vocação impede o auto-financiamento da concessão comum de obra, pressuposto necessário à sua configuração. É claro que receitas oriundas de fontes alternativas e/ou de projetos associados (mas não de contraprestação pecuniária do Poder Público, o que atrairia o tratamento da concessão patrocinada²⁶⁴ ou administrativa), nos termos do artigo 11 da Lei n. 8987/95, poderão compor a remuneração do concessionário, desde que a exploração da obra

²⁶⁴ Como explica VILLAR EZCURRA, o contrato de concessão de obra pública, a partir do advento da Ley 13/2003 (que re-introduziu o modelo no direito espanhol), permite um sistema de retribuição não apenas privado (pressupondo-se a retribuição pelo pagamento de tarifas pelos usuários), mas *misto*, em que se conjugam ao resultado da exploração da obra subvenções, créditos participativos ou qualquer outra ajuda ao concessionário. *Principios de Derecho Publico Económico* (coord. Gaspar Ariño Ortiz). Lima: Ara, 2004, p. 712 e 713. Isso se infere da própria definição legislativa da concessão de obra pública na Espanha, conforme se depreende do artigo 220.1 da Ley 13/2003: “Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título” E o artigo 225 complementa que: “El concesionario será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial y, en su caso, con las aportaciones de la propia Administración de acuerdo con lo previsto en esta Ley, debiendo respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario”.

por si só não seja suficiente a produzir a amortização dos investimentos e assegurar o lucro do concessionário.

A vocação à exploração econômica da obra pública objeto de uma concessão de obra pressupõe a divisibilidade do uso da obra em unidades autônomas, propiciando a utilização remunerada pelos usuários.

Até antes do advento da Lei n. 11079/2004, as obras públicas desprovidas desta condição haveriam de ser executadas exclusivamente sob o regime da Lei n. 8666/93, o que dificultava que a sua execução e o seu financiamento fossem integrados num projeto mais amplo, em que se associasse à construção da obra a prestação de serviços decorrentes. A hipótese passa a ser juridicamente viável com o surgimento da concessão administrativa, que situa a Administração como usuária direta ou indireta do serviço prestado. Nesta qualidade, a Administração torna-se responsável pela remuneração da prestação do serviço, funcionando como meio ao financiamento da obra pública previamente edificada. Ao tema se voltará adiante.

3.3.3.1 A acumulação (no objeto da concessão) de obras sem vocação à exploração econômica

O contrato de concessão de obra pública poderá abarcar a construção de obras eventualmente sem vocação à exploração econômica, mas que mantenham alguma relação funcional com a obra concedida. Ainda que não se configurem mera extensão da obra pública (o que importaria considerá-las parcela de uma obra), mas edificações independentes que lhe são apenas funcionalmente vinculadas, estas obras poderão agregar-se ao objeto mais amplo do contrato administrativo de concessão. Haverá, na hipótese, um contrato misto: concessão de obra pública + contrato de empreitada, cada qual obedecendo a regime particular. A construção de obras acessórias pode conter-se mesmo no projeto de concessão, sendo absorvida nos custos operacionais do contrato, hipótese em que sua remuneração advirá da exploração da obra concedida. O relevante está no liame econômico-financeiro entre os encargos produzíveis à conta da edificação do empreendimento global e a remuneração advinda dos resultados da exploração da obra concedida.

A agregação destas obras periféricas ou relacionais ao objeto da concessão pode ser alvo de críticas pela suposição do risco do comprometimento do princípio

da licitação, acumulando-se objetos que poderiam ser licitados isoladamente. Conforme se depreende de um princípio aplicável aos processos de licitação no direito brasileiro, sempre que possível for o fracionamento do objeto que se quer licitado em itens passíveis de cotação independente, especialmente nas hipóteses em que estas parcelas não sejam pertinentes ao mesmo ramo de atuação, deve-se preferir licitá-los isoladamente, atingindo-se a partir disso a obtenção da melhor proposta a cada objeto licitado. O raciocínio decorre de uma lógica apoiada na economicidade.

Outra decorrência da hipótese poderá residir na fuga ao regime próprio do contrato de obras (disciplinado pela Lei n. 8666/93), artificialmente integradas no bojo de uma concessão. A acumulação no objeto da *concessão de obra* de empreendimentos que poderiam ser contratados isoladamente pelo regime da Lei n. 8666/93 poderá traduzir infração à sua disciplina natural, substituída pelo regime da Lei n. 8987/95.

Relativamente a este aspecto, pode-se referir à crítica oposta pelo Conselho de estado espanhol ao anteprojeto de lei de 5 de dezembro de 2001, a dispositivo consolidado no art. 226 da atual LCAP (pelo advento da lei 13 de maio de 2003)²⁶⁵, no qual se prevê expressamente a possibilidade de que o contrato de concessão de obra pública, sem perder a sua natureza, inclua obras cujo uso não está sujeito à remuneração, “sempre que ditas obras mantenham uma relação funcional com o restante da concessão”²⁶⁶. Aludiu-se a que, tal como elaborada, a norma incorre no problema de adjudicar a construção e exploração de outras obras que, distintas da obra objeto da concessão, deveriam ser licitadas caso a caso. Com isso, compromete-se o princípio da concorrência.

A hipótese pode ser examinada à luz do direito nacional. O âmago da problemática reside em verificar se obras secundárias e sem vocação à exploração econômica pelo concessionário, desligadas funcionalmente da obra principal, são

²⁶⁵ Lê-se do dispositivo: “Cuando dos o más obras públicas mantengan una relación funcional entre ellas, el contrato de concesión de obra pública no pierde su naturaleza por el hecho de que la utilización de una parte de las obras construidas no esté sujeta a remuneración siempre que dicha parte sea, asimismo, competencia de la Administración concedente e incida en la explotación de la concesión”.

²⁶⁶ OLIVEIRA. Rafael Domínguez. “Las nuevas modalidades contractuales introducidas por la ley (arts. 130 a 134 y 226)”, *In Comentarios a la nueva ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madrid: Civitas, 2003, p. 138.

acopladas ao projeto concessório. No direito brasileiro, a questão suscita duas ordens de problemas.

Sob o ângulo do regime da licitação, pode-se opor à hipótese o dever de fracionamento, acolhido pelo art. 23 da Lei n. 8666/93. As obras e serviços devem ser divididos em tantas parcelas quantas se comprovem técnica e economicamente viáveis, “procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda de economia de escala” (§1º). A acumulação de obras funcionalmente independentes, em princípio, traduzirá infração ao dever de fracionamento, ainda que isso não seja um óbice absoluto - comportando relativização caso a caso. Mas a conveniência quanto ao financiamento cruzado de projetos pode eventualmente configurar razão relevante para a flexibilização da regra do fracionamento, segundo um exame que se deve fazer nos casos concretos.

Já do ponto de vista do regime do contrato aplicável, a fuga indevida à disciplina da Lei n. 8666/93 (que rege o contrato de obras no direito brasileiro) só estará caracterizada na medida em que obras sejam artificialmente integradas na obra a ser concedida com o objetivo de aplicar-lhes um regime de financiamento peculiar, próprio do sistema concessório e vedado para os ajustes destituídos de vocação à concessão – retratando-se infração ao § 3º do art. 7º da Lei n. 8666/93. O exame do problema não é simples e, como pontua com razão RAFAEL DOMÍNGUEZ OLIVEIRA (a propósito do direito espanhol), não comporta solução em tese²⁶⁷. Fundamentalmente, o exame cingir-se-á a verificar a existência do vínculo de funcionalidade entre a obra agregada e a obra concedida. É necessário que as obras secundárias mantenham uma relação de dependência funcional com a obra principal, sob pena de a introdução daquelas obras no objeto do contrato concessório traduzir um artifício a permitir (injustificadamente) o seu financiamento cruzado.

A hipótese poderá ainda importar infração ao princípio da equidade na repartição dos ônus sociais. Analisado o problema à luz da distribuição do ônus social envolvido no custeio da execução da obra acessória, verifica-se a oneração da situação dos usuários, que passam a suportar o custeio de obras desvinculadas (materialmente) da concessão. Se um contrato administrativo de obra restar

²⁶⁷ “Las nuevas modalidades...”, p. 138.

forçadamente atrelado a uma concessão de obra pública, e a obra financeiramente ressarcida pela receita advinda do pagamento de tarifas, ocorrerá o financiamento da construção da obra pelos usuários da obra concedida. Trata-se de clara infração à isonomia na distribuição dos encargos sociais.

3.3.3.2 A acumulação no objeto do contrato de mais de uma concessão de obra ou de serviço público

A conveniência quanto ao financiamento cruzado de projetos concessórios pode ensejar a concepção de contratos cujo objeto reúna empreendimentos distintos, mas economicamente inter-dependentes. Assim como são conhecidas as práticas de subsídios cruzados, em certos setores do serviço público, a partir da transferência de recursos de uma para outra classe de serviços, pode-se cogitar de contratos que agrupem mais de um projeto concessório vinculados economicamente entre si no propósito de subsidiar projetos deficitários através dos lucros excedentes de projetos rentáveis. Seriam estes contratos complexos, na acepção de compreender mais de uma concessão de serviço ou obra públicos delegados a um mesmo contratante-concessionário, operadas simultaneamente e com inter-dependência financeira, num sistema de “vasos comunicantes”.

Um exemplo internacional está na concessão da exploração da Ponte Vasco da Gama (sobre o Tejo), em Portugal. Como disciplinado pelo Decreto-Lei nº 220/92, de 15 de Outubro, que estabeleceu os traços principais do regime aplicável ao concurso internacional com vista à construção, financiamento e exploração desta ponte, o objeto da concessão, assim amplamente considerada, compreendeu, além da concepção, do projecto, da construção, do financiamento, da exploração e da manutenção da nova travessia rodoviária sobre o Tejo, a exploração e manutenção da (antiga) Ponte de 25 de Abril. O propósito residiu na tentativa de relacionar financeiramente ambos os projetos (ambas as concessões operadas a partir do regime de tarifas), transferindo-se recursos pela operação de subsídios cruzados.

Contratos assim engendrados são fruto de concepções econômico-financeiras voltadas ao financiamento do serviço público²⁶⁸. Licitar um conjunto de projetos concessórios inter-dependentes, homogêneos ou não, pode ser uma opção mais econômica, do ponto de vista da gestão dos empreendimentos e dos custos da regulação, e mais efetiva, do ponto de vista da aplicação dos recursos, considerada a destinação pressuposta. Sob certo ângulo, a hipótese apresenta similitude fática com as concessões patrocinadas em que a origem do subsídio decorra do pagamento de outorgas ou mesmo de aportes originários de parte da receita tarifária destinados ao Poder Concedente²⁶⁹.

Do ponto de vista jurídico, dois aspectos devem ser investigados no exame da viabilidade destas hipóteses.

Primeiramente, a cogitação acerca da conveniência em se licitar conjugadamente projetos funcionalmente autônomos (ainda que financeiramente dependentes). Quanto a isso, podem-se emprestar as considerações formuladas atrás, a propósito da exegese do art. 23 da Lei n. 8666/93. A conveniência quanto à integração financeira dos projetos justifica-se na economia do custo regulatório, entre outros fatores que possam justificar a configuração, verificada caso a caso.

Um segundo aspecto a ser enfrentado reside na suposta infração ao princípio da isonomia. Tal como dito atrás, a objeção considera que o subsídio cruzado só é viável a partir da oneração de certo grupo de usuários para além do

²⁶⁸ Um sistema concebido para o financiamento cruzado de serviços homogêneos é a *câmara de compensação*. Neste sistema, operadores diversos concentram os resultados da arrecadação tarifária em um organismo gestor encarregado de partilhar e distribuir as receitas de acordo com o processamentos dos custos de cada serviço (ou operação), equilibrando-se as margens de retorno a partir da contabilização dos custos individuais. Ver DALLARI, Adilson e BRANCO, Adriano Murgel. *O financiamento de Obras e de Serviços Públicos*. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 19 e ss.

²⁶⁹ Não se perca de vista que a prática do pagamento de outorgas nas licitações para concessões, assim como arranjos concessórios que prevêem destinação de parcela da receita tarifária aos cofres públicos, a título de uma espécie de contrapartida ao Poder Concedente, podem traduzir via para a redistribuição de riqueza, extraída dos usuários e carreada para toda a coletividade, quando o valor das tarifas incorporará as contraprestações destinadas ao Poder Concedente. Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Essa forma de pagamento do valor da oferta, desde que demonstrada sua inclusão no cálculo da tarifa, padece do vício de inconstitucionalidade, por revestir verdadeira natureza de tributo, já que o montante assim obtido pelo poder concedente não se destina a remunerar o serviço objeto da concessão, mas entra nos cofres públicos da mesma forma que as receitas provenientes dos impostos”. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 140. Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, estas práticas não esbarrariam em óbice constitucional, mas teriam de ser autorizadas legislativamente. Em face da Constituição, assinala o jurista, o critério de julgamento mais adequado será o da menor tarifa, como regra. Esse assegura a menor oneração possível para os usuários. Se outro critério for adotado que não aquele que pressuponha a menor oneração possível aos usuários, deve haver autorização legislativa para tanto. Ver JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral...*, p. 260 e 261.

nível da *tarifa técnica*, produzindo excedente capaz de financiar serviços deficitários. O universo de usuários dos serviços de tarifa onerada passa a suportar o custo do financiamento dos serviços deficitários em substituição ao custeio provido pelo Estado a partir de receitas gerais. A prática importaria infração à isonomia, porquanto sobre aqueles pesaria o ônus do financiamento de serviços e obras alheios à relação jurídica da concessão em que estão integrados (suportando ônus desconectado do benefício da utilização da obra ou serviço).

4 A CONFIGURAÇÃO SUBJETIVA DA CONCESSÃO COMUM

Em regra, a concessão comum terá como sujeitos o *poder concedente* – titular do serviço público objeto da delegação da gestão - e o *concessionário* – prestador que assume a gestão sob o risco de exploração do negócio, sendo daí um contrato *bilateral*.

Mas a complexidade da configuração subjetiva da concessão não se exaure no reconhecimento de sua bilateralidade. Não se pode, para fins dessa análise, desprezar a posição jurídica dos usuários e dos não-usuários na concepção e na realização do serviço público - o que não necessariamente conduz a incluí-los no rol dos sujeitos do contrato de concessão. Cabe aprofundar o exame.

4.1 A AFIRMAÇÃO DA BILATERALIDADE DA CONCESSÃO E A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS USUÁRIOS

Como se sabe, a concessão envolve uma relação jurídica que se estabelece entre a Administração Pública concedente e o concessionário, havendo daí a estipulação de direitos e deveres recíprocos. Mas se apresenta também como fonte de obrigações e deveres do concessionário relativamente a terceiros: os usuários. Considerada ainda a concessão em toda a sua extensão, verificam-se relações jurídicas travadas entre o concessionário e os usuários e entre estes e o Poder

Concedente. Há, enfim, um entrecruzamento complexo de relações jurídicas, cujo tratamento jurídico está substancialmente disciplinado por Lei.²⁷⁰

A despeito desta complexidade de relações que se travam no âmbito da concessão, tal não autoriza a afirmação de que o *contrato de concessão* teria (necessariamente) natureza *trilateral* ou *plurilateral*. De fato e em regra, concorrem formalmente para a composição do conteúdo do contrato apenas a vontade da Administração (contemplada aí a vontade da Sociedade) e a vontade do concessionário. A posição jurídica dos usuários lhe confere a possibilidade de participação no processo de formação da vontade administrativa para a composição do ajuste e, ainda, nas providências de cunho regulamentar da concessão (que se processam durante a execução da concessão). Já os não-usuários adquirem direito de participação nos processos de formação das decisões vocacionadas a compor ou alterar a sistemática econômico-financeira dos ajustes - exclusivamente nas hipóteses em que as decisões importarem na utilização de recursos fiscais gerais para integrar a estruturação financeira da concessão. O exercício de participação dos usuários e não-usuários na concessão é assim decorrente do *direito ao processo* e não de uma condição de parte no contrato de concessão (embora esta hipótese não seja vedada pela Constituição e nem pelo direito infraconstitucional).

Para melhor compreender a complexidade das posições jurídicas do Poder Concedente, do concessionário, dos usuários e dos não-usuários no âmbito da concessão, deve-se partir de uma distinção fundamental entre dois momentos que marcam a realização concessão: (1) o estágio de formação e realização da outorga, abrangendo um procedimento interno e prévio à realização da licitação para a escolha do concessionário e a realização da outorga – que se concretiza com a assinatura do contrato (concessão como contrato-processo²⁷¹); e (2) o

²⁷⁰ Como refere SABINO CASSESE, a concessão “transfere o serviço e indica as obrigações do concessionário: de realizar o serviço, de organizar e aportar os meios necessários, de assumir as relações obrigatórias conexas e de submeter-se aos controles do concedente”. *Le Basi Del Diritto Amministrativo*. Milão: Garzanti, 2000. p. 236

²⁷¹ A alusão ao *contrato-processo* ou *contrato-ato* presta-se a evidenciar a avença tomada como o aperfeiçoamento do vínculo contratual, isto é: o *ato* de assunção pelas partes de direitos e deveres com a finalidade de disciplinar uma futura e decorrente relação jurídica. Assim, a concessão pode ser tomada como contrato-ato ou como contrato-relação jurídica, a depender do enfoque que se pretende imprimir ao exame. Considerada como contrato-ato, isola-se, para fins de análise, o exame acerca da *formação* das regras que disciplinarão a concessão e o ato de sua *instituição formal*; considerada como contrato-relação jurídica, mira-se a relação dinâmica entre as partes, abrangendo as posições jurídicas daí decorrentes. Veja-se ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p.

desenvolvimento da execução da concessão propriamente – concessão como contrato-relação jurídica)²⁷². Considerada a concessão como momento de composição e realização da outorga, verifica-se a participação da Sociedade (usuários e não-usuários), do Poder Concedente e do Concessionário.

Como contrato-ato, a concessão será um contrato do qual participam formalmente apenas poder concedente e concessionário. Mas, sendo certo que o concessionário titulariza na generalidade dos casos um exclusivo e limitado espaço decisório para a composição de aspectos econômico-financeiros da concessão, a relevante parcela acerca da disciplina da relação concreta de concessão que decorrerá do ajuste fica ao encargo (formal e último) do poder concedente, que deve obedecer a um criterioso procedimento para a formação das regras que nortearão o contrato. Nesta tarefa, o poder concedente se encarrega de produzir não apenas a disciplina a propósito da sua relação com o concessionário, mas ainda aquela entre o prestador e os usuários (o que importa imprimir um caráter regulamentar ao contrato da concessão). Não por acaso a formação e formalização do contrato-ato de concessão pressupõe um procedimento vocacionado a comportar a participação de usuários e de não-usuários como meio de produzir as soluções da prestação do serviço - o que envolve aspectos de crucial importância à Sociedade, como, por exemplo, a disciplina a propósito da estrutura tarifária concebida.

Evidencia-se, assim, que a formação do contrato de concessão não é produzida exclusivamente pela Administração Pública e pelo concessionário. Há requisitos legais que impõem a absorção da participação da Sociedade na concepção e modelagem (técnica e econômico-financeira) da concessão. Verifica-se, além de um estágio legislativo, exigindo-se a precedência de autorização legislativa para a outorga da concessão, a possibilidade de estabelecer-se um âmbito procedimental no desenvolvimento da concepção da concessão marcado pela possibilidade manifestação da comunidade (administrados em geral – usuários e não-usuários).

125 e 126. JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Público*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 41 a 44.

²⁷² Aludir-se a *contrato-relação jurídica* importa tomar em conta a relação jurídica nascida do ato contratual (contrato-ato), considerada em seu dinamismo. O *contrato-relação jurídica* retrata a evolução da relação jurídica que se protraí entre as partes contraentes – gerando, eventualmente, efeitos a terceiros. Assim, o contrato-ato definirá, respeitado o espaço dispositivo a propósito da disciplina contratual, as regras destinadas a reger a relação jurídica (ou as relações jurídicas) havida como decorrência de sua existência (o *contrato-relação jurídica*).

Por primeiro, há determinação legal inserta na regra do art. 2º da Lei nº 9074/95²⁷³ impondo autorização legislativa para produzir-se a concessão. Antes disso, o próprio texto constitucional, por inferência do art. 175, já consagra a obrigatoriedade de precedente autorização legislativa para a outorga da concessão²⁷⁴. É verdade que a autorização legislativa exigida não necessariamente será de cunho específico, podendo se constituir numa autorização genérica para o ente realizar outorgas de concessão. Isso dependerá da disciplina acerca da questão a ser fixada pela pessoa política titular da competência sobre o serviço público. De todo o modo, pode-se reconhecer aí um primeiro estágio de produção da outorga, aludindo-se a uma participação indireta da comunidade pela ação do legislativo.

Num segundo momento, a outorga dependerá, em certos casos (a depender do valor estimado à contratação), da realização de uma audiência pública, por força de aplicação do art. 39 da Lei nº 8666/93. Nesta sede, haverá a possibilidade de efetiva participação da comunidade (envolvendo usuários e não-usuários) no desenho da concessão concretamente concebida. Convoca-se a sociedade (os administrados) para expor os característicos do projeto e concepção da concessão, buscando-se colher a opinião popular com o fim de aproveitá-la na estruturação da obra e do serviço objeto, assim como a propósito da própria conveniência da instituir-se a concessão – avaliação que pressupõe uma decisão política acerca da repartição de encargos sociais, sobretudo sob o ângulo das relevantes consequências financeiras que acarreta a implementação da concessão²⁷⁵.

²⁷³ Ainda que essa norma, pretensamente *geral*, incorra em invasão da competência dos entes federados, uma vez que a decisão relativamente à disciplina da outorga da delegação reporta-se à autonomia política do ente que titulariza o serviço público.

²⁷⁴ MARÇAL JUSTEN FILHO, realizando interpretação fundada no texto constitucional, aponta não ser possível que a outorga de concessões e permissões de serviços públicos derive exclusivamente de ato administrativo, sem prévia autorização e regulação por meio de lei. Interpretação distinta – diz o autor – “distorce a estrutura fundamental do Estado brasileiro e torna vazia a regra do art. 175 da Constituição”. *Teoria geral...*, p. 175 e 176. A inferência de JUSTEN FILHO leva-o a concluir pela inconstitucionalidade quanto à exceção realizada pelo dispositivo do art. 2º da Lei nº 8987/95 acerca da submissão de certos serviços à exigência de precedência de autorização legislativa à outorga. Uma outra tese improcedente que encerra o dispositivo, segundo o autor, reside na pressuposição de que norma geral poderia tornar obrigatória a referida autorização legislativa. *Teoria geral...*, p. 176.

²⁷⁵ Consoante já decidiu o TCU, não necessariamente a audiência pública deverá ter por objeto discussão acerca de documentos previamente elaborados sobre a outorga, podendo traduzir-se em oportunidade para colher a manifestação do público acerca de certo esboço de projeto. Conforme anotado no Voto do Ministro Relator, “...deve-se ter em conta que a audiência busca esclarecer à sociedade acerca do objeto licitado e fornecer aos administradores informações que

Assim e em suma, no contrato de concessão figuram (em regra) apenas o Poder Concedente e o concessionário. Mas a disciplina contratual (de cunho convencional) que retrata a liberdade de estipulação exercida pela Administração - e que se traduz na configuração regulamentar da concessão – é decorrência da vontade administrativa precedida de um *processo* marcado pela integração da Sociedade (usuários, com ampla legitimidade para participação na estruturação global da concessão, e não-usuários, cuja legitimidade de participação está adstrita à discussão dos aspectos econômico-financeiros que importem na utilização de recursos fiscais gerais para o custeio, mesmo que parcial, da concessão).

Já a execução da concessão, considerada como desdobramento do contrato-ato de concessão, pressupõe não só a evolução da relação jurídica entre Poder Concedente e concessionário, mas, ainda, o estabelecimento de relações jurídicas contratuais (com forte incidência de disciplina regulamentar supra contratual) entre os usuários (individualmente considerados) e o concessionário. Daí a alusão aos *efeitos trilaterais* da concessão²⁷⁶. Os vínculos que se estabelecem entre concessionário e usuários com o objeto de fruição do serviço têm natureza contratual, mas se encontram também subjugados à disciplina regulamentar e legal da concessão, podendo-se dizer que há reduzido espaço para o exercício da liberdade de estipulação pelas partes (a redução do espaço de autonomia dos usuários na utilização do serviço é marcada também pelo caráter de *adesão* da sua participação no contrato²⁷⁷). Há, assim, relações jurídicas coordenadas que se travam entre poder concedente e concessionário e entre concessionário e usuários.

Bem assim, durante a execução da concessão, as modificações regulamentares da prestação, assim como outras manifestações imperativas que se

contribuam para o processo de tomada de decisão de modo a melhor atender aos anseios sociais. Entretanto, não é seu pressuposto de validade que todos os participantes do evento saiam satisfeitos com as respostas ou convencidos da necessidade da realização da licitação”. Contudo, no Acórdão recomendou-se à Administração, entre outras atribuições, que “distribua e divulgue material informativo sobre o objeto da audiência com a necessária antecedência, de forma que seja possibilitado o amplo debate entre os administradores e a comunidade”. (TC-002.826/05-0 – Representação – DOU de 13.06.2005; Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa, *In Boletim de Direito Administrativo* - setembro/2005. São Paulo: NDJ, 2005, p.1029 a 1035.

²⁷⁶ No dizer de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Uma das características do contrato de concessão de serviço público é a de produzir efeitos trilaterais: embora celebrado apenas entre poder concedente e concessionário, os seus efeitos alcançam terceiros estranhos à celebração do ajuste e que são os usuários do serviço concedido”. *Parcerias...*, p. 111.

²⁷⁷ A margem de estipulação varia conforme a espécie do serviço. Assim, nos serviços de telefonia é menos limitada a latitude de estipulação de que dispõem os usuários do que se passa nos serviços de transporte coletivo urbano, ou, ainda, nas concessões rodoviárias.

traduzirem em decisões relevantes a propósito da concessão (como a encampação) devem comportar a participação de entidades de usuários, numa tentativa de promover a síntese de interesses relacionais - sobretudo, como técnica à ampliação das informações e dos horizontes políticos vislumbrados por medidas regulamentares, que tocam, diretamente, os usuários do serviço público.

Logo, afirma-se que o contrato de concessão nasce e se desenvolve na esteira de um processo administrativo marcado pela participação da Sociedade. Mas daí não se extrai que a Sociedade, ou mesmo os usuários (reunidos em associações), configuram-se “parte” no contrato de concessão²⁷⁸. A permeabilidade da concessão pela participação destas entidades decorre do *direito ao processo* e não da condição de parte contratual. Seu estabelecimento é de ordem legal e regulamentar, e não contratual. Isso porque a sua *vontade* não concorre como condição necessária para a formação do vínculo, muito menos se projeta preservada no âmbito de um ambiente negocial próprio da formação do contrato²⁷⁹.

²⁷⁸ É claro que essa conclusão pressupõe a definição do que seja “parte” num contrato de concessão. A afirmação da ausência da qualidade de “parte” dos usuários e não-usuários que possuam interesses relacionais ao projeto de concessão e à sua execução decorre de uma concepção voluntarista do contrato, em que “parte” é aquele cuja vontade concorre para a formação do vínculo contratual. Aqueles que estão ligados ao contrato por força de lei ou por titularizarem interesses reflexivos ao pactuado serão “terceiros” relativamente ao contrato, mas não “partes”.

²⁷⁹ Nada impede, contudo, que a concessão adquira status subjetivo *plurilateral*. É o que defende doutrina de enorme prestígio. A tese é proposta por MARÇAL JUSTEN FILHO, que sustenta, sob um enfoque de dimensão constitucional, a integração da Sociedade no âmbito da relação da concessão, o que se concretizaria por meio da participação de associações de usuários como parte formal no vínculo. A orientação do autor que identifica a integração formal da Sociedade na concessão como indispensável para propiciar a legitimidade à outorga ampara-se numa opção política: “sempre que uma consulta popular é facultativa, ela tende a deixar de ser praticada”. *Teoria geral...*, p. 295 a 299. De fato, não há propriamente óbice constitucional ou legal para que assim seja. Mas a hipótese de se ter a “Sociedade” integrada como parte no contrato de concessão pode enfrentar enormes dificuldades. A primeira delas consiste em buscar a personificação da Sociedade para permitir a sua integração na concessão. Quando se alude à Sociedade, envolvem-se nesta terminologia usuários e não-usuários. Além do evidente interesse dos usuários do serviço público na estruturação e execução da concessão, os não-usuários seriam detentores de um interesse circunscrito à formatação econômico-financeira da concessão, porquanto a alternativa financeira do custeio do serviço público à concessão tarifária são as receitas fiscais provenientes dos contribuintes em geral. Todavia, é extremamente problemático alcançar a personificação da Sociedade, dada a abrangência de interesses pressuposta. Qualquer modelagem imaginável para tanto esbarrará na sua insuficiência. É impossível, para esse fim, condensar os interesses de Sociedade em associações. Não há meios de alcançar a vontade da Sociedade a não ser pela via de procedimentos de grande penetração e capilaridade, em geral de adesão obrigatória do cidadão. Tal pode não ser factível para o caso da concessão de serviços públicos, por um sem-número de razões. Ademais, não se olvide que a impossibilidade fática em se alcançar a condensação dos interesses da Sociedade acabaria por fazer prevalecer interesses de grupos com maior capacidade de articulação econômica e política, que acabariam “capturando” os núcleos decisórios no seio do inter-relacionamento entre as entidades participantes da concessão. Estes grupos resultariam institucionalizados para fins de atendimento a interesses de facções com maior poder econômico e político. A integração formal destes grupos na concessão poderia revestir as soluções concessórias de aparente legitimidade (ainda que formal),

5 O SISTEMA REMUNERATÓRIO

A concessão comum de serviços público pressupõe a remuneração do concessionário mediante pagamento de (1) *tarifas* pelos usuários, sendo, ainda, admitidas (2) *receitas alternativas* associadas ao negócio da concessão ou provenientes de projetos associados.

Interessa, por primeiro, investigar os aspectos da tarifação nos serviços públicos. Um dado primário está em reconhecer o caráter monopolístico ou concorrencial do serviço.

5.1 A TARIFICAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO: SERVIÇOS PRESTADOS EM REGIME DE MONOPÓLIO E SERVIÇOS PRESTADOS EM REGIME DE CONCORRÊNCIA

Um aspecto primário a ser considerado no exame do sistema tarifário está no caráter monopolístico ou concorrencial da prestação da concessão.

Classicamente os serviços públicos sempre foram prestados sob regime de monopólio. Mas a evolução tecnológica aliada a novas concepções econômicas acerca da prestação de atividades de serviço público propiciou a “desintegração vertical” das distintas fases ou segmentos inerentes ao serviço público (*unbundling*), nos casos em que seja possível distinguir atividades potencialmente competitivas (os serviços singularizados prestados por distintos operadores em concorrência) e as atividades não competitivas (infra-estruturas essenciais, de uso comum)²⁸⁰.

acarretando-lhe uma espécie de blindagem no que refere à sua suscetibilidade aos demais mecanismos de controle externo.

Veja-se também que a posição dos não-usuários em face da concessão – circunscrita que é ao aspecto econômico-financeiro subjacente ao custeio da execução – é equivalente a que possuem relativamente a toda e qualquer ação estatal que pressuponha a realização de despesas custeadas pelas receitas gerais. Os contratos de construção de obra pública, por exemplo, são custeados a partir das receitas gerais, nem por isso em sua sede cogita-se de integrar usuários e não-usuários da utilidade produzível pelo empreendimento.

Seria de uma complexidade inibidora, por outro lado, qualificar o peso e a importância de cada grupo no bojo do inter-relacionamento entre estas associações para fins de operacionalizar a sua participação formal. Dentro da categoria de usuários, por exemplo, surgiriam intermináveis sub-facções etc. Outro aspecto que não pode ser desprezado está no risco de influências tecnicamente desinformadas que seriam exercidas pela comunidade em geral. Em grande parte, as atualizações que se produzem no seio da concessão pressupõem conhecimentos técnicos específicos, e estão estribadas em projeções e planificações muitas vezes não acessíveis à população em geral.

²⁸⁰ Conforme ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Publico Económico*. Lima: Ara Editores, 2004, p. 621 e 623.

Assim, determinados serviços públicos, antes desempenhados sob a tutela tarifária do Estado, experimentaram a liberdade tarifária, deslocando o controle tarifário das mãos do Estado para o mercado. Outros serviços – como é o caso da telefonia móvel – passaram sujeitar-se (também) ao regime de liberdade de “preços”, próprio da iniciativa privada²⁸¹.

Esse processo, contudo, não redundou na eliminação dos monopólios. Isso porque, a despeito das iniciativas de *unbundling*, persistem para determinadas atividades óbices à quebra de monopólios naturais. Em geral, as atividades que se mantêm sob regime de monopólio são aquelas em que a operação pressupõe um sistema de infra-estrutura por *rede*, cuja duplicação retrata-se inviável pelos altíssimos custos envolvidos. Há nestes casos – no dizer de CALIXTO SALOMÃO – forte prevalência dos custos fixos sobre os custos variáveis, tornando possível a obtenção de expressivas economias de escala com o aumento da quantidade produzida. “Se a essas economias de escala se somar uma grande proporção de custos irre recuperáveis (*sunk costs*), a entrada de competidores no mercado torna-se absolutamente inviável”²⁸².

Disso resultou em inúmeros países – e também no Brasil – o surgimento de dois regimes de prestação no que tange à formação e controle das tarifas: o regime dos serviços monopolizados (pressupondo um controle autoritário e administrativo

²⁸¹ Não se há de confundir o regime de *liberdade tarifária* com o regime de *liberdade de preços* (característico da iniciativa privada), ambos possíveis de serem praticados na prestação de atividades definidas como “serviço público” no direito brasileiro. A diferença reside em que, no primeiro caso, tem-se uma liberdade de fixação de tarifa pelo concessionário a ser exercitada na esfera da concessão, em regime de direito público, admitindo a qualquer tempo a retomada do regime tarifário mais rígido – como aponta JACINTHO ARRUDA CÂMARA. Já no caso da liberdade de preços, o regime é privado e não público, não pressupondo uma relação de concessão entre poder concedente e concessionário, com todas as consequências que isso impõe. É a hipótese do art. 129 da Lei Geral de Telecomunicações. Veja-se “O regime tarifário como instrumento de políticas públicas”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 11. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 116 a 118.

²⁸² *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 192. É o caso, como lembra o autor, do transporte ferroviário. Mesmo que livre fosse a construção de linhas férreas para a prestação deste serviço sob concorrência, os custos para que um competidor entrasse no mercado através da construção de uma linha férrea alternativa seriam proibitivamente altos em relação aos da empresa operando a linha férrea já existente, “à qual basta colocar um trem adicional em circulação”. Ob. p. 192. Outra causa dos monopólios naturais lembrada por CALIXTO SALOMÃO consiste nos chamados retornos crescente de escala. Verifica-se a superação do postulado do *retorno decrescente de escala* (segundo o qual “quanto maior a produção maior o nível de satisfação obtido pelo consumidor e, portanto, progressivamente mais difícil e menos lucrativa torna-se a venda de uma unidade adicional do produto), diante da evidência de que, em certas situações, “quanto maior o número de usuários, maior a utilidade do produtos para o usuário seguinte e, portanto, maiores a probabilidade e alucratividade da venda sucessiva. Em alguns casos extremos, esses retornos crescentes de escala impõem a existência de um monopólio natural” (como é o caso da telefonia). Ob. cit. 193 e 194.

das tarifas) e o regime dos serviços prestados sob concorrência (pressupondo a liberdade tarifária).

Os serviços públicos concorrenciais pressupõem, no tocante à fixação de preços, a liberdade para operar debaixo dos princípios comerciais, ficando sujeitos aos limites ou restrições gerais aplicáveis a todas as empresas de mercado²⁸³. Já os serviços monopolísticos mantêm-se sob a tutela tarifária do Estado, atraindo um controle autoritário sobre os preços praticados.

Permite-se falar assim em níveis de regulação sobre os preços dos serviços públicos. Como pontua CARLOS ARI SUNDFELD, “a regulação estatal dos preços dos serviços estatais explorados por particulares pode revestir distintas modalidades, previstas pelas normas, indo do simples acompanhamento da evolução dos preços (controle mínimo) até a própria fixação de seu valor (controle máximo), passando por diferentes mecanismos de verificação da regularidade dos reajustes ou de repressão dos abusos”.²⁸⁴ Na prestação sob concorrência caberá em regra um controle *mínimo*, consubstanciado em medidas repressivas nas hipóteses de ilícitos concorrenciais. Quando monopolísticos, os serviços públicos receberão um controle autoritário e efetivo quanto à fixação e manutenção das tarifas.

Observe-se que a regulação de preços e o controle tarifário é algo cuja disciplina está ao encargo do legislador (infraconstitucional). Não há, assim, uma orientação pressuposta pelo texto constitucional, impondo-se a tutela tarifária autoritária para serviços públicos e a liberdade comercial de preços a atividades não-monopolizadas pelo Estado (de livre iniciativa dos particulares). Tanto pode existir – como de fato existe – regulação oficial em preços praticados por atividades próprias da iniciativa privadas (com finalidades sociais, ou em situações conjunturais etc.), como serviços de titularidade estatal abertos à concorrência. Portanto e como explica CARLOS ARI SUNDFELD, “não é a natureza jurídica da atividade nem seu

²⁸³ Conf. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Agrega o jurista que “La formación competitiva de precios es siempre mejor y más de fiar que el cálculo de costes marginales que pueda realizar la autoridad regulatoria. Por tanto, la función del regulador será velar por el respecto de las reglas del juego en la formación competitiva de precios y actuar contra prácticas restrictivas de la competencia”. *Principios...*, p. 628.

²⁸⁴ “A Regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações”. *Direito Administrativo Econômico* (coord. CARLOS ARI SUNDFELD). São Paulo: Malheiros, 2000. p.321 e 322.

enquadramento no campo estatal ou privado que justificam ou impõem a regulação de preços, ou inviabilizam a adoção de um ou outro método de regulação”²⁸⁵.

É verdade que o exercício da tutela tarifária sobre o serviço público, bem como o estabelecimento de seus limites, deve ter origem legal. É a lei que determinará a margem de estipulação das políticas tarifárias pela autoridade administrativa, conforme disposto no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal. Daí que “o legislador não pode deixar exclusivamente para o campo da decisão administrativa a fixação de uma política em matéria tarifária. A previsão da política a ser perseguida deve estar contida no próprio texto legislativo. Quando muito, será possível que o legislador delegue à função administrativa a escolha de uma, entre muitas políticas previamente autorizadas, ou atribuir-lhe a fixação de mecanismos específicos para o atendimento das metas já definidas na própria lei”²⁸⁶.

Logo e em suma, verificam-se dois regimes básicos de tarifa: (1) o de controle administrativo e regulamentar da tarifa – cujo exercício da tutela deve estar amparado em latitude de estipulação conferida pela lei; (2) e o de liberdade tarifária, cujo controle estatal é de mera fiscalização (com a reserva de retomada de regime mais restrito) e de abuso de repressão (controle conjugado com órgãos reguladores especializados na proteção da concorrência).

O regime da liberdade tarifária está submetido à disciplina da atividade econômica, sendo que a fixação das tarifas segue a sorte do mercado. Já o regime de tarifação sob tutela administrativa, própria dos serviços monopolísticos, envolve inúmeras dificuldades quanto ao modo de estruturação e composição dos valores de tarifa. Adiante se exporá sumariamente algumas alternativas que têm sido cogitadas e praticadas para a fixação do valor da tarifa nestes casos.

²⁸⁵ “A Regulação de preços...”, p. 320 e 321.

²⁸⁶ ARRUDA CÂMARA, Jacintho. “O regime tarifário...”, p. 97 e 98. Confirma-se, ainda e a propósito da inviabilidade jurídica da fixação de política tarifária pelos órgãos de regulação, o parecer de ARNOLDO WALD, em “Do processo de revisão tarifária. Determinação do nível apropriado de custos operacionais da concessionária”, *In Direito das concessões*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 386.

5.2 A NATUREZA DA TARIFA

A tarifa consiste num preço ou contraprestação que os usuários praticam em face da utilização da infra-estrutura pública disponibilizada pelo concessionário. Não se trata, obviamente, de um tributo (como a taxa, que se pratica no âmbito da prestação direta de serviços públicos)²⁸⁷. É contrapartida à prestação do serviço que integra a relação jurídica contratual entre usuário e prestador. Se o usuário faz uso do serviço ou de certa infra-estrutura, se lhe impõe o dever de pagar o preço correspondente, sendo esse a tarifa devida como contrapartida.

A despeito de ter natureza contratual, a tarifa é preço que recebe forte regulação. A própria Constituição previu a instituição de política tarifária dos serviços públicos pelo legislador. Essa definição pressupõe a manipulação de mecanismos de tarifação dos serviços públicos, implementando-se distinções necessárias, usando-se de subsídios cruzados quando conveniente, criando tarifas extra-fiscais etc. Por isso, a tarifa, dada sua ligação com a realização do serviço público, é, antes de tudo, um aspecto fortemente limitado e delimitado por lei.

Para além da parametrização legal da tarifa (a ser produzida pelo ente titular do serviço público), ela receberá regulamentação da Administração Pública, completando-se assim a carga tutelar que pesa sobre ela e reduz a esfera de liberdade negocial e contratual entre usuário e prestador e entre prestador e Poder Concedente.

Além de fortemente regulada, cuja política é criada por lei e calibrada mediante a edição de regulamentos, a tarifa é objeto de controle administrativo caso a caso pelo Poder Público. Na esfera do contrato de concessão, a Administração-

²⁸⁷ As tarifas são distinguíveis das taxas por vários aspectos. Submetidas às limitações constitucionais do poder de tributar, as taxas só podem ser criadas ou aumentadas por lei (inciso I, art. 150 da CF), assim como subsídios, isenções, redução de base de cálculo, anistia ou remissão de créditos tributários decorrentes desta espécie só podem ser instituídas por lei específica (§ 6º, art. 150 da CF). Bem assim, estão submetidas ao princípio da anterioridade, sendo vedada a cobrança de taxas relativamente a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que as houver instituído ou aumentado (alínea “a” do inciso III do art. 150 da CF), assim como no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (alínea “b” do inciso III do art. 150 da CF). As tarifas, dada sua natureza de preço público, apesar de fortemente reguladas, obedecem ao princípio da equação econômico-financeira da concessão, o que as dota de permanente alterabilidade em razão dos fatos. São alteráveis, então, não só pelo efeito automático da evolução do contrato, mas, também, por ato da Administração. Inúmeros outros aspectos poderiam ser cotejados no exercício de distinção entre taxas e tarifas. Para um aprofundamento acerca desta distinção, consulte-se o estudo específico de FABIANO VERLI, “taxas e preços públicos”. São Paulo: RT, 2005.

concedente repousa sobre a tarifa o mesmo exercício tutelar que dispensa aos chamados aspectos regulamentares das concessões (e dos contratos administrativos). Isto é: a tarifa, por constituir-se num aspecto central da universalidade, continuidade e igualdade na realização dos serviços públicos, é e sempre foi tutelada pela Administração Pública em seu dinamismo, valendo-se esta também de atos administrativos de efeitos específicos e concretos para produzir alterações nos valores tarifários, mantida a equação econômico-financeira do contrato. Sempre que conveniente ao interesse coletivo, a Administração detém habilitação para modificar a tarifa, respeitados os parâmetros ditados pela lei e pelo regulamento, adequado-a aos casos concretos.

Logicamente e num sistema de tarifas estaticamente concebidas – na aceção de serem valores rigidamente controlados, não liberados à concorrência – a recomposição da equação econômico-financeira há de impor-se como pressuposto de validade da intervenção administrativa. Pode-se lembrar que, historicamente, a tarifa sempre foi considerada objeto próprio do *ius variandi* (do poder de alteração unilateral do contrato administrativo). Mas não se pode deixar de observar o esmorecimento mais recente desta idéia, em vista sobretudo da liberalização dos serviços públicos, deslocando-se o controle da tarifa das mãos da Administração para o mercado regulado.

Logo, a tarifa é *preço-contrapartida* arcada pelo usuário na esfera da relação jurídica contratual que trava com o prestador-concessionário, mas é também preço-regulado e controlado pelo Poder Público, dada sua ligação estreita com valores intrínsecos ao serviço público. Além disso, é elemento que integra a equação econômico-financeira do contrato de concessão, sendo, por isso também, um aspecto contratual da relação entre concessionário e Poder Concedente.

A tarifa, assim, deve ser compreendida no entrecruzamento de três relações jurídicas coordenadas: a que se estabelece entre usuário (e não-usuários) e o Poder Concedente, quando da concepção e idealização do serviço público e de sua tarifação; a que se trava entre concessionário e Poder Concedente, delimitando-se e caracterizando-se no caso concreto a execução do serviço e as tarifas praticáveis, ligando-se estas à remuneração adequada ao custeio da prestação suportada pelo concessionário; e aquela que se realiza entre concessionário e usuário, assumindo a tarifa, aqui, o papel de contraprestação arcada pelo usuário como contrapartida à

prestação do serviço pelo concessionário. A fixação da tarifa toca, como se vê, o interesse do usuário, do concessionário e, também, dos não-usuários (uma vez que sua fixação pode provocar a aplicação de subsídios pelo Poder Público).

Daí não se poder simplificar a natureza da tarifa, reconduzindo-a de modo automático à natureza de contrato ou de regulamento, o que conduz grande parcela da doutrina a reconhecer a sua natureza mista: contrato+regulamento²⁸⁸.

5.3 ALGUNS CONCEITOS OPERACIONAIS: TARIFA TÉCNICA, TARIFA MÓDICA E TARIFA RAZOÁVEL

O exame do sistema tarifário exige a compreensão dos conceitos de *tarifa técnica*, *tarifa módica* e *tarifa razoável*. São conceitos operacionais ao presente estudo, referidos em diversas passagens abaixo.

Tarifa técnica define-se como a precificação do custo unitário de utilização serviço público necessário a, considerando-se os níveis de utilização e o número de usuários, cobrir o custeio integral do serviço público (pressupondo-se custo global dos investimentos + margem de retorno ao concessionário)²⁸⁹. Este valor retrata o custo que seria suportado por cada usuário do serviço público, num ambiente de isonomia linear - desconsideradas estratificações tarifárias amparadas na capacidade econômica dos usuários -, com vistas a assegurar a auto-sustentabilidade da concessão. Esta não é uma definição que se depreende do direito positivo vigente. Trata-se apenas de uma definição *estipulativa*, delimitada no

²⁸⁸ Destacando o aspecto regulamentar da tarifa, LAURENT RICHER explica que: “Le tarif est opposable aux usagers et ses modifications s'imposent immédiatement, alors même que l'utilisateur est en situation contractuelle. Ces données permettent de considérer que les clauses tarifaires ont un caractère réglementaire. Le caractère réglementaire, ici comme dans les autres cas, tient à l'objet de la clause, qui est relative au fonctionnement du service public, et non à des données organiques et formelles. Il en résulte que les tarifs ont valeur réglementaire même quand ils sont fixés par le délégataire dans le cadre du contrat ». *Droit des contrats administratifs*. 4a. ed. Paris: L.G.D.J., 2004, p. 534.

²⁸⁹ Não se consideram nesta definição as diversas opções (critérios) quanto à delimitação do custo do serviço público. Há casos em que a tarifa reflete o custeio global do serviço público (representando uma fração do *custo médio* do serviço público + margem de retorno – abrangente de todos os investimentos necessários à implantação da infra-estrutura e do custeio da prestação em si do serviço público) e outros em que ela se fixará em função do *custo marginal* de prestação do serviço, entendido este como o custo necessário para a prestação de uma unidade extra do serviço público, desconsiderando-se todos os investimentos e custos indiretos incidentes na operação. Isto é: o *custo marginal* representa o incremento no custo total de produção do serviço público pela adição-produção de cada unidade extra.

presente estudo com cunho operacional ao exame analítico dos temas tratados abaixo.

Já o conceito de *tarifa módica* é extraído do direito posto²⁹⁰. Traduz o valor-tarifa cuja dimensão numérica não impeça nem dificulte, mas, ao contrário, favoreça o acesso ao serviço público. Consiste num preço que, com vistas a cobrir as despesas da concessão e assegurar justa remuneração ao concessionário, facilite o acesso ao serviço público²⁹¹.

A idéia de tarifa módica pressupõe ajustes concessórios marcados pela economicidade e pela eficiência (e que pressupõe o alcance de uma *tarifa razoável*), sob o raciocínio de que, no desenho econômico-financeiro da concessão, quanto mais econômica for a atuação do concessionário mais reduzida serão as tarifas cobradas dos usuários. Um efeito indireto da modicidade tarifária está em proscrever margens de retorno elevadas e a gestão ineficiente do serviço público (*tarifa razoável*). Trata-se de dizer então que, se a modicidade tarifária impõe-se como dever de fixação e manutenção de preços que favoreçam o acesso do serviço público, indiretamente pressupõe sempre a melhor relação possível, sob o prisma da economicidade e “vantajosidade”, entre a margem de retorno do concessionário, os custos operacionais de concessão e os preços praticados nas tarifas.

²⁹⁰ Além de referida em diversas passagens da Lei n. 8987/95, tem fundamento nos artigos 1., III, 5., II, e 175, III do texto constitucional.

²⁹¹ Em sentido diverso, FLORIANO MARQUES NETO anota que tarifa módica “é aquela praticada com o menor valor possível para cobrir os custos de operação, ensejar o retorno dos investimentos e conferir margem razoável de retorno ao prestador. Por definição, tarifa módica não será deficitária”. O autor contrapõe à tarifa módica a noção de *tarifa social*, sendo essa “aquela artificialmente engendrada a partir de impulsos externos à relação econômica (objetivo sociais de políticas públicas) e que pode inclusive (no mais das vezes é) ser deficitária, na medida em que tem por pressuposto o complemento por subsídios internos ou externos”. “As Políticas de Universalização, Legalidade e Isonomia: o caso do ‘telefone social’”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 14, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 81.

Diversamente de MARQUES NETO, entendo que a modicidade tarifária é aspecto que se relaciona com o acesso ao serviço público e não propriamente com a noção de suficiência da tarifa como resultado de uma equação econômico-financeira adequada ao ajuste concessório. Quando a lei impõe que se observe a modicidade tarifária, está a determinar à Administração que, ao estruturar os ajustes concessórios, assegure a fixação de valores que garantam o acesso ao serviço público. As tarifas módicas, assim, se traduzem num *direito* dos usuários; direito a que o valor das tarifas seja estabelecido em patamar que não dificulte nem impeça (ao contrário, facilite) o acesso ao serviço público. É o que se depreende, a meu juízo, da interpretação combinada do inc. I do art. 7º. com o § 1º. do art. 6º., assim como do art. 11 da Lei n. 8987/95.

Já a tarifa social, examinada adiante neste estudo, será a tarifa artificialmente oferecida a certos grupos desprovidos de capacidade econômica, necessariamente subsidiada (internamente ou externamente à concessão), então. Será fixada sob políticas de universalização e de socialização do serviço público, sendo que, em certos casos, será mesmo coincidente com a tarifa módica - se modicidade for tomada por um conceito relacional, variável conforme a *capacidade econômica* dos usuários.

Mas não se pode perder de vista que a finalidade imediata da modicidade tarifária reside em favorecer o *acesso* ao serviço público. Daí porque nem sempre que se assegure a melhor relação possível entre estes elementos integrados no sistema remuneratório da concessão se estará diante de tarifas módicas. Em muitos casos, custos elevados envolvidos na gestão eficiente do serviço público podem importar em tarifas elevadas, cuja dimensão numérica ultrapasse os níveis de acessibilidade do serviço público. Uma situação dessa ordem importaria infração à modicidade tarifária, pois pressupõe a fixação de tarifas em valores que dificultam o acesso ao serviço público. O remédio seria integrar no sistema remuneratório da concessão outras fontes de financiamento, de molde a reconduzir o valor tarifário a níveis que garantam o acesso generalizado ao serviço público.

Logo, a garantia da modicidade tarifária como um valor prezado na configuração do projeto de concessão pode convertê-lo em um projeto carente de auto-sustentabilidade econômico-financeira. Assegurar a modicidade tarifária pode significar em muitos casos produzir ajustes concessórios economicamente deficitários. Nestas situações, mecanismos de subsídios serão atrelados à concessão como via a evitar infração ao princípio da modicidade das tarifas.

O conceito de *modicidade tarifária* pode ser tomado por um conceito relacional, variável conforme a *essencialidade* do serviço e, em certos casos, a *capacidade econômica* do usuário. Assim, alguns serviços dotados de maior essencialidade merecem tarifas em valores mais reduzidos que serviços menos essenciais. Isso porque a gradação do valor tarifário funciona como mecanismo regulatório do acesso ao serviço público. No terreno de serviços mais essenciais, cuja fruição relaciona-se com a dignidade da pessoa humana, deve-se perseguir a fixação de tarifas mais reduzidas²⁹². É o caso, por exemplo, dos serviços de saneamento e abastecimento de água. Já os serviços ligados a obras públicas em rodovias não apresentam o mesmo grau de essencialidade.

Bem assim, no universo dos serviços dotados de maior essencialidade, a modicidade tarifária poderá variar, caso a caso, conforme a capacidade econômica do usuário. Diz-se por isso que consiste num conceito relacional. O preço módico para certa classe dotada de maior poder aquisitivo será diverso do preço módico em

²⁹² CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA já assinalou que: “Os serviços menos essenciais admitem tarifas menos afetadas pela modicidade; os mais essenciais podem exigir até mesmo subsídios públicos destinados a tornar mais acessível a tarifa”. *Usuários...*, p. 382.

relação a grupos mais carentes. Uma vez que o conceito de modicidade está atrelado à acessibilidade do serviço público, sua parametrização não será a mesma para todos os casos, mas variará em função também da capacidade econômica dos usuários. Coincide, neste particular, a noção de modicidade tarifária com a noção de capacidade econômica. Os valores-referência de preços módicos obedecem a uma escala informada pela capacidade econômica dos usuários. Mais ricos podem praticar preços mais elevados para ter acesso ao serviço público, mais pobres devem ter assegurados preços reduzidos. Em ambos os casos, garantida a acessibilidade, estará assegurada a modicidade. Tarifa módica, nesta configuração, poderá ser equiparável a *tarifa social*²⁹³.

Fala-se em *tarifa razoável*²⁹⁴ para referir a tarifas cujo valor pressuponha, no contexto da remuneração do concessionário, margens de retorno razoáveis, adequadas ao funcionamento do serviço público. Razoáveis serão as tarifas que importem não em margens de retorno excessivas ou irrisórias, mas fixadas em medida compatível com a realidade econômico-financeira do ajuste concessório, de acordo com parâmetros de economicidade e eficiência abstratamente concebidos.

Percebe-se então que a noção de razoabilidade da tarifa está voltada para dentro da concessão, sendo um conceito-referência para, na integração dos elementos implicados no sistema remuneratório da concessão, aferir-se a adequação da margem de retorno do concessionário, ao passo que modicidade da tarifa será aferida e calibrada relativamente ao usuário, sendo um aspecto que toca diretamente aos usuários do serviço. Assim, uma concessão pode pressupor margens de retorno adequadas a partir de tarifas que não atendam à modicidade, do mesmo modo que garantir tarifas módicas não assegura em todos os casos margens de retorno razoáveis. Caso a prática de tarifas módicas e razoáveis importe em retirar do projeto de concessão a condição de auto-sustentabilidade, deve-se buscar, como dito atrás, meios de subsidiar a prestação deficitária do serviço público. O tema será melhor tratado adiante.

²⁹³ Ver item 5.6.3 do Capítulo II desta Parte II.

²⁹⁴ JOANA PAULA BATISTA define tarifa razoável como sendo aquela que prevê uma remuneração adequada ao concessionário de serviço público, complementando que “a verificação da razoabilidade das tarifas parte sempre de um juízo de comparação das utilidades máximas que pode pretender o concessionário em face da tarifa que garanta a universalidade do serviço, o que se atinge com o requisito da modicidade tarifária” *Remuneração dos serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 106.

5.4 A TARIFA SOB UM ÂNGULO FUNCIONAL

Visto sob um prisma funcional, a tarifa desempenha dois papéis principais: (1) fixa a remuneração do concessionário, sendo daí uma peça componente do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e (2) regulamenta o preço de acesso à infra-estrutura pelo usuário. Desse último aspecto funcional da tarifa decorrem duas consequências relevantes: (2.1) promove-se um uso *disciplinado* pelos usuários da infra-estrutura pública, o que se evidencia pela imposição de ônus financeiro ao acesso à utilização do bem ou serviço disponibilizado; e (2.2) delimita-se a maior ou menor restrição de acesso à utilização do bem ou serviço - operando-se, eventualmente, a elevação e a redução no preço para categorias específicas de usuários, segundo o princípio da socialização do serviço público.

5.5 A FIXAÇÃO DO MONTANTE DA TARIFA – AS FÓRMULAS USUALMENTE ACOLHIDAS

O primeiro aspecto funcional da tarifa é, portanto, estabelecer a remuneração (ou parte dela) do concessionário. Há inúmeras fórmulas que se prestam ao ajustamento das tarifas. As técnicas e estudos vocacionados para tanto estão no campo da ciência da contabilidade.

Numa ampla e simplificada classificação dos modelos mais recorrentes, poder-se-ia apontar três grandes sistemas tarifários originados do direito anglo-americano: (1) sistemas cuja fixação tarifária está atrelada à estimativa do custo do serviço (*cost plus* e *rate of return*)²⁹⁵, considerados, de um ponto de vista regulatório, dotados de baixo poder de incentivo; (2) sistemas desvinculados do custo contabilizado do serviço e baseados em preços-limite, considerados de alto poder de incentivo (*price cap* e *yardstick competition*); e (3) sistemas que apreciam os custos de oportunidade (*efficient component-price rule*).

²⁹⁵ Para uma comparação entre os sistemas de *Rate of Return* e *Price Caps* veja-se GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions*. Washington D.C.: World Bank, 2004, p. 111 a 115.

5.5.1 O Método de Fixação pelo Custo do Serviço: *rate of return* ou *cost plus*

O método da fixação pelo *custo* do serviço importa estabelecer uma taxa de retorno máxima para o concessionário baseada na análise dos custos operacionais do contrato. A estipulação do valor-tarifa deve considerar a estimativa do montante destinado ao custeio da globalidade dos custos de operação do serviço (custos operacionais e financeiros), adicionando-se um percentual de retorno assegurado ao concessionário. Garante-se o lucro do concessionário a partir da mensuração da base de capital e das despesas inerentes²⁹⁶. Esse modelo é chamado de *rate of return* (taxa de retorno) e é considerada uma modalidade de *cost plus* (método do custo do serviço)²⁹⁷.

A fixação tarifária pelo custo do serviço, tradicional na história dos “monopólios privados” do direito norte-americano, teve por objetivo coibir a exploração dos usuários no campo de serviços monopolísticos, restringindo práticas de elevação artificial de preços, distanciados do custo real da prestação dos serviços. Mas na sua prática verificaram-se problemas de assimetria informacional, além do desestímulo ao prestador no tocante à ampliação da eficiência e produtividade²⁹⁸.

Estes modelos, se por um lado propiciam segurança quanto ao retorno dos investimentos produzidos pelo concessionário, por outro, são insatisfatórios por descuidar de avaliar a eficiência da gestão econômica do concessionário. Há elevado risco do concessionário desligar-se de uma missão de eficiência na prestação do

²⁹⁶ Ver SANTOS, Rodolfo Torres dos. A diversidade regional e o dilema do modelo regulatório na telefonia fixa no Brasil. In *Nova Economia*, n. 14. Belo Horizonte: 2004, p. 156 e 157.

²⁹⁷ CUÉTARA MARTINEZ aponta uma diferença do *cost plus* relativamente ao *rate of return*. Naquele, considera-se a contabilização formal dos custos do operador para sobre ele introduzir uma margem de lucratividade na composição do valor da tarifa; neste, adiciona-se ao custo do serviço um valor do retorno dos investimentos produzíveis pelo concessionário, distribuído-o em um número de anos prefixado, resultando-se daí a tarifa. CUÉTARA MARTINEZ, Juan Miguel de la. “Las tarifas de telecomunicaciones”, In *Privatización Y Liberalización de Servicios* (orf. GASPAR ARIÑO ORTIZ). Univesidad Autónoma de Madrid. Madrid: 1999, p. 266.

²⁹⁸ Um dos objetivos da reafirmação deste modelo do custo médio consiste em evidenciar que a tarifa não deve cobrir nada além dos custos e remuneração razoável do concessionário. Mas é um “erro econômico” – já frisou ARIÑO ORTIZ – que a tarifa se converta em um *cajón de sastre* (caixote de alfaiate), onde cabe qualquer coisa: “uma exação fiscal encoberta, uma subvenção a terceiros; uma proteção alfandegária, ou qualquer outra finalidade alheia ao serviço”. Daí a afirmação do jurista de que o princípio essencial que deve presidir toda a política de tarifas é o princípio do custo *real e total* do serviço. *Principios...*, p. 595. Lembra o autor que um caso paradigmático do endereçamento de receita advinda de tarifas pagas para subvencionar outros setores foi, na Espanha, a tarifa da energia elétrica, que durante anos se converteu em subvenções para o carbono, o alumínio, o transporte ferroviário etc. Ob. cit. 595

serviço, uma vez que a garantia da cobertura dos custos e da taxa de retorno desestimula o prestador de buscar a racionalização das despesas envolvidas na concessão e a boa alocação dos recursos²⁹⁹.

Além disso, são aptos a propiciar problemas de assimetria de informação quanto à regulação das tarifas, dada a dificuldade em se precisar os custos efetivamente incorridos pelo concessionário, em vista dos elevadíssimos (e proibitivos) custos de transação. Incorre-se então no risco da manipulação de informações pelo concessionário³⁰⁰.

Outro desafio reside em fixar adequadamente a *taxa de retorno*, o que pressupõe conhecer o custo global do serviço. Sob um prisma econômico, sua estipulação deve basear-se no custo de oportunidade do capital. A estipulação de uma taxa excessiva, é dizer: acima do custo de oportunidade do capital, pode gerar o chamado efeito A-J (AVERCH e JONHSON): “as empresas são estimuladas a sobreinvestir, pois a sobreutilização do capital proporciona uma remuneração da taxa de desconto superior à depreciação deste capital, gerando, entre outras coisas, um uso subótimo das plantas”³⁰¹. Em períodos inflacionários e de incerteza macroeconômica, contudo, a tendência é inversa.

Por outro lado, taxas de retorno excessivamente insuficientes podem trazer efeitos desastrosos à prestação do serviço, gerando-se inclusive o desestímulo de

²⁹⁹ Não se olvide o expediente dos “custos inflados” como meio de expandir os lucros do concessionário. Observa RODOLFO DOS SANTOS que para o concessionário obter o nível de lucro permitido não é necessário reduzir receitas, bastando aumentar desnecessariamente os lucros. “Uma maneira de obter a taxa de retorno recomendada é por meio da expansão da base de capital, sobre a qual é calculada (Braeutigam e Panzar, 1993). Assim, o regulado pela taxa de retorno tende a incorporar ativos independentemente do retorno marginal que esse venha a proporcionar. Tanto a expansão da capacidade, sem relação direta com o retorno produtivo real que esse traz, e o aumento indiscriminado de custos significam ineficiência produtiva, uma vez que a maximização de lucros da firma não tem contrapartida na minimização de custos, podendo até ter sentidos opostos”. “A diversidade regional...”, p. 159.

³⁰⁰ Justamente para contornar problemas de assimetria informacional na definição dos custos operacionais eficientes que devem ser pagos pelo consumidor, a ANEEL se utiliza de um enfoque metodológico denominado de “empresa de referência”. Nos termos do Caderno Temático denominado “Tarifas de Fornecimento de Energia Elétrica” disponibilizado pela ANEEL, tem-se que “a Empresa de Referência se define como a simulação de uma empresa responsável pela operação e manutenção das instalações elétricas, gestão comercial de clientes e direção e administração da área geográfica da concessionária de distribuição em análise, que presta esses serviços em condições de eficiência e adaptação econômica ao ambiente no qual desenvolve sua atividade”. *Tarifas de fornecimento de energia elétrica*. Agência Nacional de Energia Elétrica - Brasília : ANEEL, 2005, p. 24.

³⁰¹ PIRES, José Cláudio Linhares. PICCININI, Maurício Serrão. *Modelos de regulação tarifária do setor elétrico*. Revista do BNDS – junho de 1998. Rio de Janeiro, 1998.

investidores no setor, com evidente prejuízo à atratividade do capital privado ao financiamento de serviços públicos.

Um ponto de óbvia relevância reside, então, numa adequada quantificação da margem de retorno do concessionário, fixada a partir de estudos técnicos, os quais deverão decorrer de uma eficiente captura das informações pertinentes.

A despeito das dificuldades que marcam a regulação destes sistemas, seguem eles sendo aplicados em determinados setores do serviço público, no Brasil e em outros países do mundo.

5.5.2 O Método de Tarifa Máxima ou *price cap*

Já os modelos de *price cap*, surgidos como tentativa de superação àqueles baseados no custo do serviço, consistem na estipulação de um valor-teto para o preço da tarifa, desinteressando a análise da contabilização dos custos do concessionário. Fixa-se uma tarifa máxima, que pode ser calculada para um serviço específico ou para uma cesta ou um conjunto de serviços. A opção regulatória em ajustar o preço máximo *por grupo de serviços* (ou *cesta de serviços*) pressupõe a conveniência de uma certa mobilidade da prestadora em readequar preços individuais de serviços específicos dentro do limite global fixado para a cesta de serviços.

Um exemplo do regime de preços *price cap* no direito brasileiro está na Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9472/1997), que possibilita à Agência determinar o valor máximo da tarifa, abaixo do qual poderá o concessionário exercer outros valores (art. 106). Há quem veja, ainda, na dicção do artigo 9º. da Lei 8987/95 generalizada preferência pela técnica do *price cap* em oposição ao modelo do *rate of return*³⁰².

Esse modelo, que define uma regulação com alto poder de incentivo, pode envolver métodos de reajustamento limitado da tarifa a partir da conjugação de índices de produtividade. Uma fórmula prestigiada na experiência britânica pela modalidade *price cap* é a RPI-X (*Retail Price Index* menos um fator de produtividade X) ou IPC-X (índice gerais de preços menos um fator de produtividade X). Essa

³⁰² Esta é a posição de MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO *Comentários à Lei de PPP: Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41.

fórmula foi difundida a partir do informe elaborado em 1983 por STEPHEN LITTLECHILD, professor de *Commerce* da Universidade de Birmingham, intitulado *Regulation of British Telecommunications Profitability*.³⁰³ Aplica-se à tarifação um reajustamento segundo um índice geral de preços, limitada a evolução do valor-resultado por um fator de produtividade, que lhe subtrai um percentual arbitrado pelo Poder Concedente-regulador. Assim e no exemplo trazido por RODOLFO TORRES DOS SANTOS, “se o índice de preços adotado indicar uma elevação de 5% em determinado período, e ainda, se o fator de produtividade fosse da ordem de 3%, então o máximo de reajuste de preços da firma regulada seria de 2%, para esse período hipotético”³⁰⁴. O fator produtividade será uma variável fixado pelo Poder Concedente para induzir o concessionário a um comportamento que privilegie a eficiência produtiva, além de repassar aos consumidores os esperados ganhos de produtividade”³⁰⁵. Mas este fator de produtividade – elemento-chave do modelo – deve considerar um retorno necessário ao prestador a assegurar a execução segura do serviço. Daí que este fator “não pode estrangular financeiramente o regulado, como também não pode negligenciar os possíveis ganhos de produtividade passíveis de ser repassados aos consumidores”³⁰⁶.

A evolução do modelo consistiu em livrar do deflator custos não-gerenciais pelo concessionário, apartando-os da base de incidência do fator de desempenho, para assegurar-lhes um reajustamento independente da variação das metas de eficiência³⁰⁷. Isso porque o concessionário não pode ser prejudicado pela incidência do deflator sobre o reajustamento incidente em parcela dos custos que escapa à sua gestão, seja porque retrata despesas cuja valorização e variação não estão sob seu controle (como, por exemplo, o valor decorrente da compra de energia pela distribuidora-concessionária para revenda aos usuários-consumidores), seja porque reflete despesas com encargos e tributos legalmente fixados. Assim e por meio da

³⁰³ Ver em SACRISTÁN, Estela B. “Sistema Tarifarios”, In *Servicio Público Y Policía* (coord. JUAN CARLOS CASSAGNE). Buenos Aires: Unibersitas, 2006, p. 239. Esta fórmula, como noticia o economista RODOLFO TORRES DOS SANTOS, representou um marco regulatório fundamental na regulação da *British Telecom* em 1984, tendo nos anos posteriores se difundido em outros serviços públicos, como água, gás e transporte aéreo. “A diversidade regional...”, p. 155.

³⁰⁴ SANTOS, Rodolfo Torres dos. “A diversidade regional...”, p. 155.

³⁰⁵ SANTOS, Rodolfo Torres dos. “A diversidade regional...”, p. 155.

³⁰⁶ SANTOS, Rodolfo Torres dos. “A diversidade regional...”, p. 155.

³⁰⁷ Consulte-se JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral...*, p. 360.

classificação dos custos em gerenciáveis e não-gerenciáveis pelo concessionário, evita-se a sua penalização injustificada.

Um modelo aproximado foi praticado em contratos de concessão de distribuição de energia elétrica no Brasil, em que a remuneração do concessionário restou constituída de duas parcelas: Parcela A, representada pelos custos não-gerenciáveis pelo concessionário (encargos setoriais, encargos de transmissão e compra de energia para revenda), e a “Parcela B”, que abarca os custos gerenciáveis (despesas com operação e manutenção, despesas de capital). Por meio da criação de um fator X (percentual incidente sobre o IGPD-M)³⁰⁸, previu-se a redução do reajustamento sobre os custos abrangidos na Parcela A, permitindo-se que o incremento da produtividade do concessionário fosse absorvido também pelos usuários³⁰⁹.

Uma preocupação subjacente ao modelo do *price cap* está em promover um efetivo e adequado monitoramento dos prestadores, ante o risco de uma redução excessiva dos custos comprometer a qualidade do serviço prestado. Não se pode desconsiderar também o alto custo de capital envolvido nos sistemas de tarifa máxima, dado a elevada taxa de risco inerente ao modelo. Este ônus é apontado como uma desvantagem da tarifação *price cap* comparativamente ao modelo da

³⁰⁸ Nos termos do Caderno *Tarifas de fornecimento de energia elétrica* divulgado pela ANEEL, o Fator X é resultante da composição dos seguintes elementos: “I. componente Xe – reflete, por meio de um índice, os ganhos de produtividade esperados pelo natural incremento do consumo de energia elétrica na área de concessão da distribuidora, em função do maior consumo dos consumidores existentes, como pela incorporação de novos consumidores, no período entre revisões tarifárias; II. componente Xc – reflete, por meio de um índice, a avaliação dos consumidores sobre a empresa de distribuição que lhe fornece energia, sendo obtido mediante a utilização do resultado da pesquisa Índice ANEEL de Satisfação do Consumidor (IASC); III. componente Xa – reflete um índice de ajuste ao reajuste do componente “pessoal” da “Parcela B”, quando dos reajustes tarifários anuais, que reflita adequadamente o valor da remuneração da mão-de-obra do setor formal da economia brasileira”. *Tarifas de fornecimento de energia elétrica*. Agência Nacional de Energia Elétrica. - Brasília : ANEEL, 2005, p. 24.

³⁰⁹ Os chamados “custos não-gerenciáveis” constaram da “Parcela A” dos contratos de concessão de distribuição de energia. Legislação posterior à celebração dos contratos conferiu a possibilidade de reajustamento destes custos em período inferior a doze meses. Com fundamento na Medida Provisória n. 2.227 de 4 de setembro de 2001, a Portaria Interministerial n. 25 de 2002 dos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia estabeleceu mecanismo do repasse de custos não-gerenciáveis às tarifas dos usuários. Ver WALD, Arnaldo. “Da remuneração dos custos não-gerenciáveis insertos na denominada parcela A dos contratos de concessão dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica”, *In Direito das Concessões*, vol. 3. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 421 e ss. Ver, ainda, sobre o tema, BERTRAN, Maria Paula. “Índices Econômicos e Reajuste nos Contratos de Concessão: Uma Análise do Setor Elétrico”, *In Revista de Direito Público da Economia* v. 16. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p 125 e ss.

taxa de retorno, que, pelo baixo risco financeiro relacionado, induz menores custos de capital³¹⁰.

5.5.3 A Técnica Regulatória do *yardstick competition*

A *yardstick competition* funciona como uma técnica regulatória complementar a outros métodos de fixação tarifária (vem em regra associado ao sistema do *price cap*). Consiste na adoção de uma parametrização baseada no alto desempenho de alguns prestadores no objetivo de criarem-se critérios de avaliação e comparação entre as empresas. Adotada amplamente nos casos de monopólios naturais no direito norte-americano, esse mecanismo pressupõe eleger um modelo de referência para a comparação entre as empresas que atuam num mesmo setor (numa avaliação comparativa entre monopólios regionais). Os prestadores passam a ser avaliados segundo o desempenho de prestadores titulares dos melhores resultados. Tem, assim como o *price cap*, uma função de regulação de incentivo, buscando-se o incremento do desempenho e eficiência do prestador e a redução da assimetria informacional na relação com o órgão regulador.

Dada a especial dificuldade prática em conformar-se um padrão puro constituído a partir de certo prestador, a heterogeneidade das empresas prestadoras conduziu os reguladores, no propósito de facilitar a comparação entre aquelas, a elegerem modelos de referência a partir de uma firma hipotética (firma-sombra), composta pela média de variáveis representativas do desempenho de diversos prestadores atuantes num segmento. Caso assim certo prestador apresente resultados melhores e custos mais reduzidos que os da firma-sombra, será recompensada com lucros mais elevados³¹¹.

³¹⁰ Veja-se GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions*. Washington D.C.: World Bank, 2004, p. 113. Como anota o autor, "The two types of regulatory regimes have tradeoffs. A price cap is a high-power mechanism providing incentives for securing efficiency gains, at least between tariff reviews, and is low maintenance in the sense that does not require, at least between tariff reviews, a great deal of information about the firm's operations. Yet price-cap regimes induce a higher cost of capital, as a result of their inherent riskiness. Rate-of-return regulation is a lower power incentive mechanism, does not provide for strong incentives to reduce costs, requires a much higher information level for the regulator, but induces lower costs of capital because its associated risk is lower".

³¹¹ Veja-se em PIRES, José Cláudio Linhares e PICCININI, Maurício Serrão. "Modelos de Regulação Tarifária...", p. 28.

A preferência legal pela não-exclusividade na prestação do serviço público, estipulada no artigo 16 da Lei Geral de Concessões (n. 8987/95) é interpretada, por autores como MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO, como exigência legal de implementação de *yardstick regulation*, “de maneira a assegurar o efetivo compartilhamento com os usuários dos ganhos de eficiência obtidos pelo concessionário”³¹².

5.6 AINDA A FIXAÇÃO DA TARIFA – OS DIVERSOS ASPECTOS A CONSIDERAR

A fixação da tarifa não pode fazer-se tão-somente em função da *remuneração* adequada ao prestador, a partir de um enfoque da viabilidade econômico-financeira do empreendimento da concessão. Pressupõe também a função de *fixação* e *regulação* do *preço* adequado à utilização da infra-estrutura. Neste particular, sua fixação deve considerar a modicidade tarifária e as políticas de socialização do serviço público, o que envolve muitas vezes o recurso à extrafiscalidade aliado à adequada classificação dos grupos de usuários.

Numa síntese, seria correto dizer que a regulação do valor da tarifa deve pressupor o alcance de simultâneo de três objetivos (quase sempre conflitantes, como pontua o economista FERNANDO FRÓES): (1) o objetivo financeiro, onde se buscar preservar o equilíbrio entre despesas e receitas, pressupondo-se a margem de retorno do concessionário; (2) o objetivo econômico, mirando-se a maximização do uso dos recursos e dos equipamentos disponíveis para os usuários; e (3) o objetivo social, em que se fixam metas de universalização do serviço público e do acesso aos equipamentos de infra-estrutura pública³¹³.

Na estruturação de uma concessão, é sempre complexa a composição acerca da distribuição da carga tarifária nos diversos segmentos de usuários. Há um sem-número de aspectos a considerar. Uma questão pressuposta está na instituição de política tarifária pela legislação específica (norteadora dos parâmetros que orientarão a Administração na concepção das tarifas nos casos concretos).

³¹² *Comentários à Lei de PPP: Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41.

³¹³ “Infra-estrutura e Serviços Públicos: Princípios da Regulação Geral e Econômica”, *In Curso de Direito Administrativo Econômico*. Vol 1. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 557.

5.6.1 A Instituição Legislativa de Políticas Tarifárias

A política tarifária incumbirá ao ente político titular do serviço público. A regulação da tarifa é um aspecto que se prende com a disciplina do serviço público, razão pela qual a competência para a instituição legislativa de políticas tarifárias estará ao cargo do ente titular do serviço público específico. Não é possível dissociar a disciplina do serviço público da questão tarifária, que cumpre função central na política do serviço público, servindo como instrumento à disciplina do uso de bens escassos (mediante tarifação extrafiscalidade), de socialização do acesso ao serviço público (mediante o acolhimento de tarifas sociais) etc. Justamente por isso, reconhece-se aos entes federados competência para a edição de lei a propósito da regulação tarifária³¹⁴.

Contudo, observa-se que a Lei n. 8987/95, editada pela União no uso da competência que lhe foi atribuída pelo inciso XXVII do art. 22 da Constituição, a propósito de veicular disciplina geral acerca das concessões de serviços públicos, traz normas concernente a certos aspectos da tarifação. Em sua maioria, são regras vocacionadas à disciplina da relação entre Poder Concedente e concessionário, em cujo terreno a regulação tarifária assume relevante papel. Trata-se de um tema de consideração necessária pela referida Lei Geral, diante da óbvia ligação com o funcionamento da concessão. Mas os temas tarifários ali tratados resumem-se aos aspectos imbricados com a conformação e execução do pacto concessório. Suas previsões, no que concernem aos aspectos tarifários regulados, devem ser interpretadas não como restrições ao legislador local – que dispõe de autonomia para a disciplina do serviço público titularizado –, mas como parâmetros econômicos que devem marcar a relação contratual entre Poder Concedente e concessionário. Logo e como conclui JACINTHO ARRUDA CÂMARA, “tais normas foram introduzidas no ordenamento jurídico pelo legislador nacional com base em competências outras que não a de disciplinar a matéria inerente aos serviços públicos. Justifica-se juridicamente a criação destas regras, de um lado, na própria competência para disciplinar a relação contratual da concessão. São normas de cunho contratual que,

³¹⁴ Como diz ARRUDA CÂMARA, “São estes entes – titulares dos serviços – que detêm competência, inclusive, para definir se o modo de cobrança seguirá o modelo tributário, das taxas, ou se será o regime jurídico administrativo, das tarifas”, “O regime tarifário...”, p. 98.

de modo reflexo, acabam por autorizar a adoção de uma dada política tarifária” (art. 9.º, inciso IV do art. 15; art. 13 etc). Por isso, estas normas “possuem caráter notadamente autorizativo, sendo aptas a justificar a implementação de alguns de política tarifária, com base diretamente nas normas gerais previstas na Lei n.º 8987/95”³¹⁵.

É o que ocorre com a norma do artigo 13, que autoriza a criação de tarifas diferenciadas em razão das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários. Trata-se apenas de uma prescrição autorizativa de cunho geral, podendo ser desprezada ou complementada pelas leis específicas que vierem a ser editadas pelos entes locais.

5.6.2 As Tarifas Diferenciadas

Repise-se que é freqüentemente complexa a concepção quanto ao valor das tarifas (assegurando-se a modicidade tarifária) e sua diferenciação em razão das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários (artigo 13 da Lei n. 8987/95) nos casos concretos. Uma distinção comumente acolhida pela legislação setorial está na classificação do preço-consumo conforme se verifique o uso industrial ou o uso doméstico do serviço. Outras distinções amparadas em situações técnicas ou em níveis de consumo podem conduzir a tarifas diferenciadas. Estas definições pressupõem a especialidade do serviço e suas peculiaridades técnicas e operativas. Sua estruturação mais específica dependerá de inúmeras características do arranjo concreto da concessão, o que impede a delimitação precisa e em tese acerca de todos os pontos a serem considerados numa formatação desta natureza.

De todo o modo, as leis específicas haverão de disciplinar estes aspectos produzindo a formatação legislativa da política setorial tarifária. E a Administração delineará caso a caso a estruturação tarifária também a partir do arranjo da concessão, pressupondo aspectos considerados na situação concreta.

Não só a estratificação das tarifas em níveis de consumo e mediante razões de natureza técnica pode ser estabelecida, como também diferenciações com propósito de socialização do serviço público ou ainda com cunho exclusivamente

³¹⁵ “O regime tarifário...”, p. 99.

regulatório do acesso. A tarifação pode funcionar como modo de *socialização* do serviço público (tarifas sociais) ou como modo de *preservação* dos bens escassos envolvidos com a utilização do serviço público à concessão (tarifas de cunho primordialmente regulatório). Em um caso, criam-se diferenciações em decorrência do poder de riqueza de certos grupos, buscando-se a universalização e a socialização do serviço público. A ligação do serviço público com a dignidade da pessoa humana justifica esforços do Estado no propósito de buscar a sua socialização. Isso se fará à custa da redução ou eliminação do custo financeiro a certos grupos de usuários. A hipótese de utilização da tarifa como via à preservação de bens escassos importa sua utilização como indutor do comportamento do usuário, estimulando-o a utilizar de forma racionada e econômica o bem ou o serviço disponibilizado.

Em qualquer caso, estas diferenciações só podem ser concebidas e calibradas à luz do princípio da isonomia, o que significa que o tratamento diferenciado há de estar justificado nas reais diferenças havidas no mundo dos fatos. Não há viabilidade jurídica na criação de tarifas diferenciadas quando inexister na realidade fática razões que as justifiquem.

5.6.3 O Recurso à Extrafiscalidade na Tarifação: a Tarifa Social

Nem sempre a tarifa retratará o custo unitário do serviço público, considerado como uma unidade equivalente à distribuição do custo total do serviço (+ a margem de retorno do prestador) entre os usuários. É muito comum que o sistema tarifário de certo serviço público contemple objetivos extrafiscais, isto é: finalidades dissociadas da equivalência do preço-tarifa com o custo do serviço público. Quando isso ocorrer, diz-se que a tarifa cumpre uma função extrafiscal, não se prendendo exclusivamente à dimensão economico-financeira subjacente ao uso do serviço público.

O conceito de extrafiscalidade é conhecido do direito tributário, traduzindo as hipóteses de minoração ou majoração tributária sem que o propósito visado seja a grandeza da arrecadação gerada pela exação tributária³¹⁶. A extrafiscalidade no

³¹⁶ Veja-se GODOI, Marciano Seabra. "Tributo e Solidariedade Social", *In Solidariedade Social e Tributação* (coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi). São Paulo: Dialética, 2005,

sistema tarifário pode estar tanto na fixação de tarifas sociais, como na fixação de tarifas de cunho regulatório (cujo objetivo é predominantemente a disciplina do acesso ao serviço público, de preservação dos bens escassos envolvidos na prestação).

A chamada tarifa social consiste num preço político oferecido a determinadas classes de usuários cuja situação sócio-econômica seja impeditiva ou restritiva do acesso ao serviço público. É um preço artificialmente fixado (na acepção de traduzir-se numa diferenciação tarifária não amparada em critérios exclusivamente econômico-financeiros ou nos custos de produção do serviço) no objetivo de proporcionar o acesso ao serviço público a populações mais carentes. Essa espécie de tarifação justifica-se no objetivo da socialização do serviço público, franqueando o acesso a utilidades essenciais a determinados grupos com menor poder aquisitivo. A hipótese é usual em serviços de uso generalizado por toda a coletividade, cuja prestação se mostre socialmente relevante e mantenha estreita relação com a dignidade da pessoa humana, como no abastecimento de água, energia elétrica etc. – e é incomum em setores em que o conjunto de usuário é mais restrito, como nas atividades de manutenção de rodovias.

É indubitosa a constitucionalidade desta espécie de tarifação. A diferenciação entre categorias de usuários apoiada em sua condição de riqueza está amparada no princípio constitucional da isonomia, conjugado com outras diretrizes constitucionais, como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III do art. 3. e inciso VII do art. 170)³¹⁷. Aliás, a socialização do serviço público, mais do que uma alternativa político-jurídica disponibilizada ao Estado na conformação do serviço público, consiste em missão

p. 163. A extrafiscalidade é algo inerente aos sistemas tributários em geral. Como anota o publicista italiano CLÁUDIO SACCHETTO, “um dos postulados do modo coerente de entender o poder de imposição é aquele com base no qual a função da exigência tributária não é meramente fiscal, ou seja, apenas voltada a obter entradas para o Estado, mas também e sobretudo extrafiscal, vale dizer, de ser um instrumento para alcançar outros fins de ordem econômica e social que a Constituição consigna à República”. “O Dever de Solidariedade no Direito Tributário: o Ordenamento Italiano” *In Solidariedade Social e Tributação* (coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi). São Paulo: Dialética, 2005, p. 26.

³¹⁷ REGINA HELENA COSTA, a propósito da negação da capacidade contributiva das taxas e diferenciando a hipótese das isenções de taxas à população carente, explica que “Em tais hipóteses, porém, a isenção é concedida não em virtude da diminuta ou inexistente capacidade contributiva dos sujeitos, mas em virtude de considerações de outra ordem, tais como a desigualdade social, a minimização do sofrimento das pessoas pobres etc”. *Princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros: 1993, p. 56.

constitucional a ser perseguida. É missão do Estado tornar o serviço público acessível aos mais carentes, encontrando para tanto os adequados instrumentos de subsídio.

O postulado constitucional da solidariedade (inciso I do art. 3. da CF) impõe o dever do Estado, observadas as pautas constitucionais e os critérios que referenciam as políticas alocativas, ao financiamento de prestações essenciais aos mais carentes. Tem-se, em outras palavras, que a carência de capacidade econômica para a cobertura dos custos do serviço público essencial não retira dos usuários o direito de fruí-los. Ao Estado caberá prover a cobertura deste déficit para, perseguindo a solidariedade social, assegurar a fruição pelas classes mais carentes de serviços públicos essenciais (e de outras prestações fundamentais à dignidade humana).

É evidente, noutra ponta, que restará contaminada de inconstitucionalidade a tarifação social que não pressupuser uma situação fática condizente com o benefício, isto é: carece de amparo constitucional a prática de tarifas sociais desconstruídas das hipóteses fáticas que as autorizam, caso em que traduziriam benefícios ilegítimos a determinadas parcelas da população. Haveria, na hipótese, não só infração ao princípio da isonomia, mas aos princípios da justiça social (art. 170, *caput*, CF), da proporcionalidade e da economicidade³¹⁸ (art. 37, CF).

A tarifa social, destinada a oportunizar o acesso ao serviço público a categoria de usuários menos favorecida economicamente, pode ser financiada *internamente* ou *externamente* à concessão.

No primeiro caso, a cobertura dos custos não recuperáveis será provida mediante o recurso à prática de *subsídios cruzados*. Isso se realiza por diversos meios. Como regra, a oneração de certas categorias de usuários, para além daquilo que se poderia considerar como tarifa técnica (valor unitário idealmente concebido para a isonômica distribuição do custo da prestação do serviço pelo grupo de usuários), funciona como fonte financiadora do déficit gerado pela prática dos preços

³¹⁸ No dizer de FLORIANO MARQUES NETO, “a Constituição veda a adoção de políticas de universalização voltadas a atender parcelas da sociedade que delas não necessitem. Isso por força tanto do imperativo fundamental da justiça social (artigo 170, *caput*), quanto do princípio da subsidiariedade (que predica só ser possível a ação estatal naquilo que não puder ser atendido pelos particulares), como ainda pelo princípio da proporcionalidade (subjacente ao princípio da eficiência – artigo 37, CF – e ao princípio da economicidade – artigo 70, CF-) na sua dimensão de necessidade”. As Políticas de Universalização, Legalidade e Isonomia: o caso do “telefone social”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 14, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 95.

políticos. O incremento tarifário, no caso, pode estar motivado pela natureza do consumo, enquadrando-se os usuários em categorias de consumo industrial, doméstico etc., ou pela condição econômica de certos grupos, baseando-se a elevação da tarifa, por exemplo, na capacidade contributiva do usuário. Deste modo, o financiamento do acesso do serviço público a faixas de usuários desprovidas de condição econômica opera-se internamente à concessão. Recursos extraídos do excesso de tarifação a certas categorias são carreados para financiar o acesso do serviço público aos hipossuficientes.

Uma outra via de financiamento cruzado internalizado na concessão poderá ainda realizar-se pela prática de tarifas regulatórias. A extrafiscalidade é apta a gerar excesso de receita (excedente aos níveis da tarifa técnica), que poderá ser carreado para o custeio da tarifa social. A sobreprecificação da utilização dos serviços em horários de pico ou mesmo a tarifação progressiva a partir de certos níveis de consumo funcionam como práticas regulatórias cujo efeito indireto consiste na produção de receita excedente.

Os subsídios cruzados podem, finalmente, ser extraídos do excesso de resultado relativamente a outros serviços operados por um mesmo prestador. Parcelas de lucro excedentes relacionadas a certos serviços funcionam como cobertura aos custos não recuperáveis de serviços deficitários.

O financiamento das tarifas sociais pode também gerar-se *externamente* à concessão. Basicamente, as fontes financiadoras dos custos não recuperáveis serão os aportes de recursos públicos e a utilização de fundos setoriais. Na primeira hipótese, o custeio do déficit de receita gerado pela tarifação social será arcado pelas receitas públicas, cuja origem descende principalmente dos impostos. Por esta via, o financiamento do serviço distribui-se pela coletividade (usuários e não-usuários), tendo origem marcada, em certa medida, pela capacidade contributiva do contribuinte. Nada impede, contudo, que a fonte externa financiadora dos aportes estatais seja vinculada a outros mecanismos de geração de receita, inclusive aqueles de natureza financeira. Já a solução pelos fundos setoriais pode tanto funcionar como via de financiamento interna como externa à concessão. Dependerá da origem dos recursos que comporão o fundo, ora extraídos das receitas públicas, ora provenientes de contribuições dos próprios concessionários (hipótese que

pressupõe a transferência deste ônus ao valor das tarifas). À questão se voltará em tópico abaixo.

5.6.4 A Tarifa Extrafiscal em sua Vertente Predominantemente Regulatória

Já as tarifas extrafiscais de cunho eminentemente regulatório pressupõem a necessidade ou conveniência em se alcançar uma mudança comportamental do usuário quanto ao uso da infra-estrutura e do serviço público. Por meio delas, promove-se uma regulação do acesso à infra-estrutura. O preço atribuído à tarifa funciona como fator de estímulo ou desestímulo ao uso do serviço, de acordo com políticas regulatórias subjacentes³¹⁹.

Pode ser alcançada a extrafiscalidade, por exemplo, pela progressão do valor unitário da tarifa à medida que o consumo seja intensificado. Assim, a tarifa será progressivamente mais cara em função do aumento do consumo pelo usuário, estimulando-o a racionalizar o uso do serviço público. Outras hipóteses podem ser lembradas, como a fixação de preços diferenciados para “horários de pico”, em que se concentram níveis altos de consumo do serviço. São estabelecidas em geral para serviços cuja prestação envolve bens escassos, como os serviços de abastecimento de água e do fornecimento de energia elétrica³²⁰.

³¹⁹ O Supremo Tribunal Federal já admitiu a viabilidade jurídica das tarifas regulatórias ou especiais na ação declaratória de constitucionalidade n. 9-6, julgada procedente por maioria de votos pelo Tribunal Pleno (Min. Néri da Silveira), em 13 de dezembro de 2001. O caso versou sobre a constitucionalidade de medida provisória que implementou o Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica e o Acórdão restou ementado nos seguintes termos: “O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente”.

³²⁰ Um exemplo da tarifação extrafiscal em sua feição regulatória é a estrutura tarifária horo-sazonal acolhida pela regulação da ANEEL. “A estrutura tarifária horo-sazonal é caracterizada pela aplicação de tarifas diferenciadas de consumo de energia elétrica e de demanda de potência, de

A extrafiscalidade deve estar fundamentada em critérios de natureza técnica, sendo que as tarifas diferenciadas estarão amparadas na disposição do artigo 13 da Lei n. 8987/95 (lembrando-se que tal não impede a regulação diferenciada por leis específicas editadas pelos entes titulares do serviço público). Tome-se um caso referido por FERNANDO FRÓES, em que o serviço aparece limitado pela capacidade de produção já instalada, como nas situações típicas das usinas produtoras de energia. Verifica-se na prática uma flutuação nos níveis de utilização da energia: há momentos em que o potencial de produção é completamente absorvido (nos chamados “horários de pico” – entre 17 e 19h); há momentos em que o consumo atinge níveis menos elevados (entre 1 e 4h). Explica o economista que “quando essa flutuação acontece, preços mais elevados são fixados para o período de pico, de modo a restringir a demanda nesse horário (equilibrando capacidade e demanda) e, ao mesmo tempo, obter recursos para financiar os investimentos necessários para a manutenção do sistema. Existe também racionalidade em aumentar o preço da energia no horário de pico por causa do aumento do custo do fornecimento. A energia extra para atender a essa demanda mais elevada vem geralmente de fontes que têm um custo mais elevado (usinas menos eficientes ou termelétricas de custo de produção mais elevado)”. Com isso promove-se a regulação econômica da infraestrutura, sendo que os consumidores que julgam muito elevado o preço fixado para o período de pico têm a oportunidade de transferir sua demanda para fora do horário de pico, onde o serviço é oferecido a menor preço. Como completa o autor, “a política de diferenciação de preços resulta em uma maior utilização da usina fora do período de pico de demanda e na maximização do uso do potencial de produção nos dois horários, aumentando a eficiência econômica do sistema elétrico”³²¹.

Repise-se que a extrafiscalidade como instrumento de indução do comportamento do usuário deve estar apoiada em critérios técnico-econômicos. Somente estará autorizada a extrafiscalidade visando-se a um objetivo *econômico*, de regulação da infra-estrutura e do serviço público. E este exame passa pela afirmação da escassez dos bens e equipamentos utilizáveis na prestação do serviço

acordo com as horas de utilização do dia e dos períodos do ano. O objetivo dessa estrutura tarifária é racionalizar o consumo de energia elétrica ao longo do dia e do ano, motivando o consumidor, pelo valor diferenciado das tarifas, a consumir mais energia elétrica nos horários do dia e nos períodos do ano em que ela for mais barata”. *Tarifas de fornecimento de energia elétrica*. Agência Nacional de Energia Elétrica. - Brasília : ANEEL, 2005, p. 12.

³²¹ “Infra-estrutura e Serviços Públicos...”, p. 559 e 560.

regulado. Não havendo razão desta índole subjacentemente à extrafiscalidade de uma tarifação, incorre-se na infração aos princípios da isonomia e da modicidade tarifária. A hipótese traduzirá desobediência ao dever de manter a tarifa módica do serviço público, a qual pressupõe o ajuste do menor preço possível a partir da cobertura do custo de produção do serviço, já aí embutido a taxa de retorno (*rate of return*) do concessionário³²².

Todas estas alternativas retratam escolhas políticas do Estado na concepção da concessão. Mas sua opção deve estar amparada em critérios técnicos e justificativa razoável. Toda e qualquer diferenciação-classificação tarifária deve ser justificada em razão de fatores legítimos de discrimem.

5.8 A HIPÓTESE DE RECEITAS ALTERNATIVAS A COMPLEMENTAR A REMUNERAÇÃO DO CONCESSIONÁRIO

Desde os precedentes mais remotos da jurisprudência francesa sobre o contrato administrativo já se reconhecia a possibilidade jurídica de complementação da receita do concessionário por fontes alternativas³²³ no âmbito da concessão de serviços públicos. A hipótese é hoje admitida em diversos ordenamentos.

³²² Como diz MARÇAL JUSTEN FILHO, o agravamento das tarifas deverá estar justificado como via de realização dos fins públicos. Se houver ampla e ilimitada disponibilidade de oferta de utilidades, não será possível o alargamento da tarifa. Então, deverá apresentar-se a necessidade de reduzir o consumo ou de contê-lo em certos limites para autorizar-se a tarifa extrafiscal. Fora de tais hipóteses prevalece o princípio da modicidade das tarifas, que significa a obrigatoriedade de ela ser, em face das circunstâncias, a menor possível “ *Teoria geral...*, p. 379.

³²³ É o que se colhe do caso *Compagnie Générale d’Eclairage de Bordeaux* julgado em 30 de março de 1916 pelo Conselho de Estado Francês, em que se definiu a concessão como um contrato que transferia a um particular a execução de uma obra pública ou a gestão de um serviço público, por sua conta e risco, com ou sem subvenções, com ou sem garantia de lucros, sendo remunerado pela exploração da obra ou pela execução do serviço ou, ainda, diretamente pelos usuários das obras ou beneficiários do serviço público” Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant. Bruno Genevois. *Les Grands Arrêt de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Dalloz, p. 125. Mas há também definições doutrinárias consideradas clássicas sobre a matéria que não acolhem a hipótese de fontes alternativas de remuneração, limitando a receita do concessionário à cobrança de tarifas dos usuários.

À semelhança da jurisprudência francesa, a doutrina brasileira também admitiu historicamente a integração de subvenções e receitas alternativas à receita do concessionário, no propósito de promover a modicidade das tarifas. Note-se lição de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, que anotava que “Às vezes, ..., pelo fato de ser muito elevado, o custeio do serviço, não é possível mantê-lo, exclusivamente com o rendimento auferido dos usuários pelo pagamento de tarifas, a menos sejam estas estabelecidas em padrão muito alto, acima das possibilidades da maioria deles. Como se trata de serviço cuja organização e funcionamento se impõem por razões de política administrativa, então, o poder público, mediante privilégios financeiros, conferido ao concessionário, contribui para o seu custeio, com as rendas obtidas dos impostos gerais,

No Brasil, a Lei Geral de Concessões expressamente admitiu o mecanismo de adição de receitas alternativas a complementar a remuneração do concessionário. Dispôs o artigo 11 da Lei acerca da “possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”.

A complementação da receita remuneratória do concessionário por fontes alternativas tem o propósito de assegurar a modicidade tarifária, absorvendo em favor da redução no preço das tarifas todas as oportunidades lucrativas vinculadas à exploração do serviço público na concessão. Estas atividades lucrativas associadas à prestação de serviços públicos concedidos, embora não se confundam com o objeto propriamente da delegação (porquanto se configuram atividades econômicas destituídas das características do serviço público, não atraindo daí o seu regime específico), serão desempenhadas pelo concessionário (paralelamente à realização do serviço público e segundo outro regime de prestação) como um meio a ampliar suas receitas e subsidiar (mesmo que parcialmente) o custeio do serviço público concedido, alcançando-se a redução das tarifas cobradas dos usuários. A prescrição deve ser compreendida a partir do princípio da modicidade tarifária aplicável às concessões.

Em muitos casos o lucro auferido por conta do desempenho destes *negócios* associados ao projeto da concessão configurará uma solução à execução auto-sustentável (sem o socorro de subsídios do Poder Público) do serviço público. Assim, um projeto que envolva custos operacionais que ultrapassem a perspectiva de retorno financeiro oriundo da cobrança de tarifas módicas dependerá da complementação da receita do concessionário por fontes alternativas. Nestes casos, a adição de outras fontes de remuneração é condição à viabilidade econômico-financeira da concessão.

assegurando, assim, recursos econômicos à empresa, por meio de subvenções ou adiantamentos reembolsáveis, e ainda, a exonera, parcial ou totalmente, da responsabilidade de isenções fiscais. São privilégios financeiros positivos e negativos reconhecíveis ao concessionário”. “Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público”, *In Revista de Direito Administrativo – seleção histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 208

5.7.1 As Receitas Alternativas na Lei n. 8987/95

É relevante examinar a extensão do recurso às receitas alternativas para contribuir ao custeio da concessão. Como se observa da dicção do artigo 11 da Lei n. 8987/95, o legislador autorizou o acesso a receitas “complementares, acessórias ou de projetos associados” para compor, conjuntamente com tarifa, a receita destinada à remuneração do concessionário. Estas fontes complementares devem estar previstas no Edital de licitação da concessão, como se depreende do inciso VI do art. 18 da Lei n. 8987/95³²⁴.

Buscando-se uma sistematização dos casos possíveis, seria concebível uma distinção primária entre duas hipóteses mais abrangentes: (a) receitas oriundas de empreendimentos com vínculo material com a execução da concessão em si; (b) receitas sem vinculação direta com a concessão (vinculadas apenas economicamente ao projeto da concessão, na medida em que funcionam como fonte de recursos adicionados à remuneração do concessionário).

5.7.1.1 Receitas oriundas de empreendimentos com vínculo material com a execução da concessão em si

O primeiro grupo de hipóteses abarca situações de oportunidades de negócio periféricas à execução do serviço público. Estão referidas pela expressão legal “projetos associados” e configuram hipótese de geração de receita complementar ou alternativa. Um projeto de concessão de certo serviço ou obra públicos guarda potenciais oportunidades lucrativas relacionadas a subprodutos que lhe estão relacionados. Estes negócios derivados e potencialmente rentáveis são favorecidos por externalidades positivas geradas pela execução do serviço público principal. Aproveitam-se estas externalidades para favorecer a integração financeira no projeto da concessão de oportunidades periféricas de negócio. Assim e por exemplo, a construção de uma rodovia por meio de uma concessão de obra pública poderá gerar oportunidades de negócios rentáveis que lhe podem ser associados,

³²⁴ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: (...) VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados.

como a exploração de praça de restaurantes e lojas à sua margem. A existência da rodovia propicia a circulação de pessoas nos arredores, gerando público consumidor para estes estabelecimentos. À concessão, então, pode ser associada concessão de direito de uso (ao concessionário) de certas áreas estrategicamente posicionadas com vistas ao implemento destes empreendimentos complementares³²⁵. A situação da concessão é apta a favorecer oportunidades empresariais que podem ser aproveitadas na concepção mais abrangente da prestação do serviço público, integradas como fonte complementar de receita.

A exploração destas atividades complementares em projetos associados será realizada sob regime de *atividade econômica em sentido estrito*. Não se confundem com o objeto central da concessão, porquanto não se constituem na prestação de serviço público. Bem por isso, não são atividades relevantes à execução da concessão em si, razão pela qual a perspectiva de sua exploração não pode comprometer o correto e adequado funcionamento do serviço público objeto da concessão. Mas se afiguram atividades vinculadas em alguma medida com a prestação da concessão; logo, serão relacionadas no projeto da concessão, compondo também o objeto do contrato de concessão.

É claro que, fixada sua natureza como atividade econômica em sentido estrito, tais atividades não estarão submetidas ao mesmo regime jurídico da concessão, na acepção de que não se submetem ao regime jurídico do *serviço público*. Como *atividade econômica em sentido estrito*, estão subjugadas ao disposto no art. 170 da Constituição (*caput* e parágrafo único). Contudo, estarão economicamente integradas com a concessão, sujeitas, portanto, a determinadas prerrogativas administrativas de controle e fiscalização (artigos 29, I, 30 e 31 da Lei n. 8987/95). Na medida em que a prestação destas atividades gera receita à prestação do serviço público, passa a integrar a equação econômico-financeira da concessão, merecendo daí a tutela administrativa correspondente. Por isso, ainda que se possa afirmar que tais atividades estão fora do âmbito do regime jurídico do serviço público, a determinadas prerrogativas de tutela da concessão elas se

³²⁵ Uma solução alternativa à remuneração da concessão de obras públicas acolhida pelo direito espanhol - Lei 13 de maio de 2003, artigos 130 a 134 - reside na outorga de *concessão de domínio público* ao prestador de área integrada na zona de serviços ou na área de influência da obra pública objeto, cabível nas hipóteses em que a obra pública não for suscetível de exploração econômica.

submeterão, particularmente no que toca ao exercício da fiscalização acerca das demonstrações financeiras correspondentes.

Existem muitos exemplos recorrentes da exploração de atividades econômicas em sentido estrito, marginais à prestação da concessão, como meio de incrementar a receita concessória. A comercialização de espaços nos bens integrantes da concessão para fins de publicidade consiste numa prática largamente utilizada em diversos serviços públicos. Na concessão rodoviária, como já referido, as praças de pedágio podem abrigar espaços vocacionados à publicidade, assim como a cessão do uso de terrenos marginais pode ser implementada para o mesmo fim. Na concessão de transporte coletivo urbano, a venda de espaços internos nos ônibus, ou mesmo nas estações dos pontos de parada, é outra solução conhecida. Inúmeras outras hipóteses podem ser pensadas. A criatividade negocial deve esforçar-se a estruturar soluções adequadas a integrar à concessão fontes externas de receitas.

Em muitos casos, estas oportunidades de negócios rentáveis à concessão podem revelar-se atividades funcionalmente interessantes ao serviço público. Ainda que essa não seja rigorosamente uma exigência pressuposta pelo artigo 11 da Lei n. 8987/95 (pode-se inferir, sim, exegese contrária, isto é: a integração destas atividades geradoras de receita não pode comprometer o ótimo funcionamento da concessão), tanto mais conveniente será ao interesse da concessão a programação de atividades que contribuam materialmente para o bom funcionamento do serviço público. Assim, utilidades periféricas ao serviço público podem ser exploradas como meio de obtenção de receita adicional. Alcança-se, além do acréscimo de receita de custeio da concessão, o incremento qualitativo da prestação do serviço público, associando-lhe outras utilidades desempenháveis pelo concessionário segundo o regime da atividade econômica em sentido estrito.

5.7.1.2 Receitas sem vinculação direta com a concessão

As hipóteses juridicamente viáveis do incremento da receita do concessionário por receitas ditas alternativas não se esgotam em projetos e atividades com vínculo material-acessório à concessão ou à execução do serviço público. Abrangem ainda situações sem relação material com o desempenho do

serviço público. Conforme se infere da redação do artigo 11, ao referir a hipóteses de “receitas alternativas” ou “complementares”, o legislador parecer ter estendido a possibilidade de integração econômica da exploração de atividades rentáveis à concessão a projetos e atividades sem vínculo direto ou marginal com a prestação do serviço público. Nada impedirá, por exemplo, que a exploração de determinados espaços de publicidade à margem das vias urbanas, ou a cessão do uso de espaços físicos em prédios públicos para a instalação de determinados comércios, sejam economicamente integrados num projeto de concessão rodoviária.

Essa orientação firma-se no entendimento de que a permissão estampada no artigo 11 tem por finalidade alcançar a diversificação de fontes de financiamento da concessão, desinteressando sua ligação material ou funcional com a execução do serviço público. Pretendeu o legislador possibilitar a geração de receitas adicionais ou alternativas, pressupondo esta uma ferramenta relevante à realização satisfatória do serviço público. Se a hipótese de negócio vislumbrada não esbarrar nas vedações disciplinadas pelo regime jurídico da livre iniciativa, ainda que nenhuma relação direta mantenha com a execução do serviço público, nenhum óbice haverá na sua absorção como fonte de receita ao custeio da concessão.

Parecem-me excessivas, então, as teses restritivas, que vêm na dicção do artigo 11 prescrição autorizativa para a integração de recursos oriundos de fontes *necessariamente* relacionadas ou associadas ao projeto da concessão (o que pressupõe um vínculo material com a prestação do serviço público). A meu ver, restringir o acesso a fontes alternativas de receita àquelas relacionadas materialmente ao projeto da concessão em si é podar o alcance abrangente da permissão veiculada pelo dispositivo legal.

Observe-se que a interpretação gramatical do preceito não favorece a tese contrária. A letra do artigo prevê a possibilidade jurídica de outras fontes (que não a receita tarifária) a integrar a remuneração do concessionário, “provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados”. Não há alusão a que as oportunidades lucrativas tenham vinculação com o projeto da concessão. Refere-se a receitas *alternativas*, *complementares* ou de *projetos associados*. Se a noção de *projetos associados* pode remeter à idéia de projetos dotados de relação funcional com a concessão, o mesmo não se pode pressupor quanto à previsão de *receitas alternativas* ou *complementares*. Aliás, a inserção

expressa de todas estas hipóteses indica, sob pena de presumir o caráter supérfluo da prescrição legal, desafiando princípio hermenêutico fundamental, que cada qual remete a situação particular e inconfundível. Portanto, a situação de receitas decorrentes de *projetos associados* configura hipótese distinta das situações de receitas alternativas e complementares – pressupondo-se essas, então, não-dotadas de relação direta e funcional com o projeto da concessão.

O fundamental é perceber que a letra da lei, ao prever hipóteses de receitas alternativas ou complementares, despreocupou-se quanto ao aspecto causal-material da geração de receita, sendo daí irrelevante a vinculação da fonte de recursos com o projeto da concessão. Fala-se, neste particular, apenas em receitas alternativas e complementares, subentendendo-se que poderão estas advir de quaisquer hipóteses lícitas, cuja concepção e integração à concessão caberão ao Poder Concedente. Tanto assim que parcela majoritária da doutrina já vinha reconhecendo inclusive a possibilidade de subsídios do Poder Público como situação possível a operar-se sob a prescrição do artigo 11, como se exporá adiante.

5.7.2 A Implementação de Receitas Alternativas: Dever Jurídico do Poder Concedente?

Poder-se-ia ir além para reconhecer não só a possibilidade mas o dever jurídico que caracteriza a adoção de soluções que acolham o aproveitamento de soluções alternativas de custeio da concessão, minimizando custos e favorecendo a economicidade e a modicidade tarifária. O princípio da modicidade tarifária e o postulado da eficiência impõem a adoção de todas as providências possíveis destinadas ao melhor aproveitamento econômico da concessão, na acepção de que todas as potencialidades de redução do valor da tarifa deverão ser perseguidas pelo Poder Concedente durante a programação da concessão.

É claro que muitas vezes essa solução envolve ponderações de valores que se inserem no âmbito da apreciação política do agente administrativo. Talvez seja uma simplificação excessiva afirmar que, em todos os casos, as fontes de receitas materialmente econômicas e alternativas, desde que disponíveis à integração no negócio da concessão, sejam aproveitadas como mecanismo do alcance da modicidade tarifária e da melhor viabilidade econômico-financeira do serviço público.

Outros valores prezados pelo Estado – e pelo direito - podem se ver envolvidos neste exame. Um exemplo se põe a propósito da exploração de espaços publicitários criados no exterior dos ônibus que funcionam no transporte coletivo urbano. Trata-se de uma solução desde sempre disponível à Administração, mas pouco usual no Brasil. Políticas de calibragem da poluição visual (pressupostamente nociva à atenção do condutor do veículo ao trânsito) e de regulação quanto ao excesso de invasão publicitária podem estar subjacentes à resistência da Administração na adoção da hipótese. Essas escolhas pressupõem um balanceamento de valores próprio do exercício discricionário a ser exercitado pela Administração. Contrapõe-se no exame a modicidade tarifária a outros valores prezados pela sociedade. O que se quer aduzir é a dificuldade de acolher-se uma orientação definitiva em tese para o problema. Pode-se extrair das normas que impõem a economicidade à gestão do serviço público e a modicidade tarifária que a Administração deverá sempre estruturar o projeto da concessão e de prestação do serviço público de molde a investigar e integrar todos os meios legalmente disponíveis para alcançar-se a tarifa módica, desde que estas escolhas não ofendam outros valores prezados pela sociedade, que assumam igual ou superior hierarquia no caso concreto. O exame caberá à Administração à conta do exercício de competência discricionária³²⁶.

5.7.3 A Implementação de Receitas Adicionais Durante a Execução do Contrato de Concessão

A integração de fontes alternativas de custeio pode ser admitida no curso da execução do contrato de concessão. A ausência de providência dessa ordem no momento da configuração do ajuste não impede sua implementação posterior.

³²⁶ MARCOS JURUENA, por exemplo, vê na destinação destas receitas acessórias à modicidade tarifária o risco de distorções nas políticas de regulação do serviço público. Diz o jurista que: “Levar tais receitas para o cálculo da modicidade da tarifa pode causar situações errôneas, como, por exemplo, o regulador começar a freqüentar as estações de metrô ou de trem para verificar se o preço da pipoca está razoável para propiciar uma receita alternativa melhor do que aquela que está sendo auferida e a partir daí se reduzir o valor da tarifa, ou o regulador, ao invés de regular o serviço público, começar a regular o quanto de sal pode ser colocado na pipoca, o quanto de açúcar pode ser colocado no algodão doce e sugerir que se aproveite o óleo de pipoca, pois assim a receita acessória é maior que aquela que foi propiciada e isso tudo irá viabilizar uma redução na tarifa”. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 67.

Uma leitura presa à literalidade do *caput* do artigo 11 da Lei n. 8987/95 (informada também pelo disposto no inciso VI do art. 18 da mesma Lei) pode sugerir óbice à hipótese sob o raciocínio de que as receitas acessórias à concessão devam ser em todos os casos previstas no edital de licitação para que possam ser aplicadas. Contudo, essa orientação não me parece procedente.

O recurso à integração de receitas acessórias à concessão, antes de se apoiar na letra do dispositivo do artigo 11 da Lei n. 8987/95, descende de princípios gerais do contrato administrativo, que autorizam a sua mutabilidade em prol do interesse coletivo. Um contrato de concessão, como contrato administrativo que é (por excelência), pode ser modificado para melhor atender ao interesse público, desde que respeitados certos princípios e limites. Portanto e uma vez assegurada a intangibilidade da equação econômico-financeira e respeitados os direitos do concessionário, o regime da mutabilidade dos contratos de concessão acolhe a possibilidade de integrarem-se supervenientemente à celebração do ajuste (e à realização do processo licitatório) fontes alternativas à receita tarifária, no propósito de alcançar-se a modicidade tarifária. A finalidade pressuposta – o alcance da tarifa módica ou o incremento da qualidade do serviço – é evidente que se configura um fim de interesse coletivo. Logo, a alteração da configuração econômico-financeira da concessão, neste aspecto, pode-se fazer no curso da execução do contrato a título da alteração consensual do contrato de concessão.

Um outro fundamento a autorizar a conclusão pela possibilidade de integrar-se supervenientemente fonte alternativa de custeio da concessão tira-se de uma leitura teleológica do referido artigo 11. Esse dispositivo, como regra que é, cumpre a finalidade de dar concreção ao princípio da modicidade tarifária, sacado do texto constitucional e acolhido pela Lei n. 8987/97 (§ 1.º do art. 6.º). A solução pela proibição acerca do aproveitamento superveniente das oportunidades ligadas economicamente à concessão traduziria – bem anota MARÇAL JUSTEN FILHO – frustração da própria finalidade do dispositivo³²⁷. Ora, o mecanismo concebido normativamente configura mero instrumento à garantia da modicidade tarifária do serviço público; desde que não se verifique frustração de outros princípios, a hipótese do aproveitamento de outras fontes de receita pode e deve ser realizada

³²⁷ *Teoria geral...*, p. 374. No mesmo sentido, GARCIA, Flávio Amaral. “A Remuneração nas Concessões de Rodovias”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 5. Belo Horizonte, 2004, p. 57.

supervenientemente à celebração do ajuste. A teleologia da norma favorece então uma interpretação extensiva do preceito, admitindo-se a introdução de novas fontes de receita posteriormente à outorga da concessão.

É claro que, em qualquer hipótese, deve restar mantida a equação econômico-financeira do contrato de concessão. Admitir a modificação daqueles aspectos financeiros da concessão sem que se assegure o restabelecimento da equação importará infração à licitação.

5.7.4. A Implementação de Receitas Adicionais Durante a Execução do Contrato de Concessão – Restrição da Hipótese à via Consensual

Observe-se também que a solução há de ser acolhida *consensualmente* pelas partes, excluindo-se a possibilidade de sua imposição unilateral pelo Poder Concedente. Por se tratar de aspecto econômico-financeiro da concessão, a solução só pode ser implementada com a concordância do concessionário. Aqui pode ser lembrada a prescrição do § 1.º do art. 58 da Lei n. 8666/93, que expressamente veda a alteração de cláusulas econômico-financeiras sem a concordância do contratado. Não seria cabível então a implementação de solução desta ordem pela via unilateral.

Ainda que se trate a hipótese de instrumento ao alcance de tarifas módicas, cumprindo-se um princípio fundamental do serviço público concedido, não é admissível que tal se faça ignorando direitos do particular (e a força vinculante do contrato). Toda uma já consolidada construção doutrinária acerca das balizas que orientam a tensão entre prerrogativas públicas e direitos dos particulares pode ser lembrada para evidenciar a procedência do raciocínio. Nos últimos tempos, aliás, só se assistiu ao fortalecimento das garantias individuais em face de competências autoritárias do Poder Público, o que se notou especialmente no terreno da contratação administrativa.

Esse enrijecimento institucional do contrato administrativo à luz das limitações do exercício de prerrogativas públicas deve-se também a um gradativo reconhecimento dos terríveis males que historicamente tem produzido a insegurança jurídica naquele ambiente. O debate atual acerca do fortalecimento do contrato como plano de regulação entre a Administração Pública e os privados, num ambiente de co-obrigação recíproca, não é desinteressado das conseqüências

desastrosas que o excesso de interferências administrativas nos contratos celebrados pela Administração gerou e tem gerado ao ambiente político e econômico em que se os insere, produzindo a ampliação exagerada dos riscos do contratado e elevando-se indesejadamente os custos transacionais. Como resultado, experimenta-se a frustração de objetivos imediatamente perseguidos com as contratações, como o alcance de propostas mais vantajosas. Não é difícil perceber então que uma má calibragem jurídica entre a alterabilidade dos contratos administrativos (em cumprimento de missões de interesse coletivo) e a busca por propostas mais vantajosas (*vantajosidade*) propiciou distorções que se refletiram em prejuízos imediatos (de natureza econômico-financeira) às Administrações, dificultando a já exageradamente difícil tarefa de aplicação eficiente de recursos públicos na promoção dos objetivos estatais.

Por isso, então, não é lícito à Administração promover unilateralmente a introdução de alterações desta ordem nos contratos de concessão.

5.7.6 Ainda Acerca da Integração de Receitas Alternativas nos Contratos de Concessão – Acolhimento de Fórmulas que Promovam a Repartição dos Ganhos Excedentes

Como dito, em muitos casos pode ser conveniente a integração superveniente de fontes alternativas de receita na concessão, ainda que a hipótese dependa do consenso entre Administração e concessionário. É claro que estas receitas adicionais serão integradas na equação econômico-financeira da concessão, na acepção de que terão por finalidade a redução do valor das tarifas. A própria dicção da norma do artigo 11 da Lei n. 8987/95 assim impõe. Mas uma dúvida que pode surgir, neste mister, diz com a possibilidade de repartição dos ganhos produzidos por esses negócios associados à concessão entre usuários e concessionário. Isto é: se é certo que as receitas adicionais serão absorvidas em benefício da modicidade tarifária, planta-se a dúvida acerca da hipótese destes ganhos serem dirigidos também ao incremento do lucro do concessionário. A cogitação pressupõe soluções que alcancem não só o uso destas receitas excedentes como via para a redução das tarifas, mas ainda em benefício também do concessionário, elevando sua margem de lucro, numa fórmula que promova a

repartição dos ganhos obtidos com os tais negócios e projetos associados. Subjacente a esta idéia está uma meta de incentivo ao concessionário no que diz com a gestão eficiente e lucrativa dos negócios explorados com vinculação econômica à concessão.

Parece-me inexistir óbice jurídico à hipótese. Veja-se que a modicidade tarifária é uma *finalidade* a ser alcançada a partir da hipótese da norma do artigo 11. A redução da tarifa, neste particular, não se trata de uma destinação obrigatória e automática de todos os recursos auferidos com negócios associados. O que exige a norma é que este mecanismo (de integração econômica na concessão de negócios associados) seja concebido e praticado com a finalidade de obter a modicidade tarifária. Mas, a partir desta solução, nem sempre a aplicação global dos recursos tirados dos rendimentos de negócios associados exclusivamente na compensação dos custos/redução das tarifas será a melhor via para a promoção da modicidade tarifária. Repartir ganhos entre o concessionário e os usuários, estimulando com isso o concessionário à maximização dos lucros associados, pode consistir numa prática regulatória mais eficiente para promover a modicidade da tarifa e cumprir a finalidade inscrita no artigo 11 da Lei n.º 8987/95.

Essa orientação procura inserir a prescrição do artigo 11 no contexto sistemático da Lei n. 8987/95, o que envolve toda uma evolutiva hermenêutica sobre o modelo concessório evidenciada nos últimos anos. Uma das funções que lhe vem sendo destacada mais recentemente, como uma técnica de parcerização ou cooperação entre o setor público e o setor privado, reside em propiciar ao Poder Público vantagens e benefícios decorrentes da habilidade dos privados em gerir e explorar, á luz da racionalidade econômica, empreendimentos lucrativos. As modernas e mais eficientes técnicas de gestão estão em mãos de companhias privadas (situação que, inclusive, dificulta a atividade regulatória do Estado, muitas vezes desprovida de conhecimentos mais específicos neste campo). Dada a necessidade das Administrações em gerir e operar eficientemente serviços à coletividade, uma conveniente prática de cooperação tem sido utilizar-se destas habilidades que florescem na iniciativa privada para o aperfeiçoamento da gestão do serviço público. Mas os mecanismos hábeis a propiciar essa interação, alcançando-

se a transferências de benefícios da gestão privada ao setor público, passam pela concepção de políticas de incentivo e estímulo dos privados³²⁸.

Assim, recorrer a um mecanismo que contemple estímulos ao concessionário pode significar uma solução mais conveniente e adequada à gestão dos empreendimentos associados, e, por via reflexa, mais vantajosa aos usuários do serviço público. É que, bem dosada a participação do concessionário nos lucros adicionais de projetos associados por ele geridos, a hipótese pode retratar instrumento regulatório adequado a alcançar modicidade das tarifas – beneficiada que é pelo incremento do lucro global daqueles empreendimentos. Por isso, não é possível afastar abstratamente a via da repartição dos lucros de projetos associados entre concessionário (lucros adicionais) e usuários (modicidade das tarifas) a partir da norma do artigo 11 da Lei n. 8.987/95. Ao contrário, em muitas situações essa pode ser a solução recomendada pela teleologia daquela norma, voltada à promoção da modicidade das tarifas.

A hipótese põe-se como decorrência do *princípio da associação*, que está na base do modelo concessório. A composição de um conflito pressuposto ao modelo concessório entre a promoção pelo concessionário da maior racionalidade econômica (obter a maior lucratividade) e o interesse público de ampliar a extensão e a qualidade das prestações, a partir da menor tarifa possível, é realizada – disse MARÇAL – pelo princípio da associação³²⁹. É que todas as tensões relacionais entre os interesses do concessionário (interesse privado, guiado por propósitos egoísticos e sob a racionalidade econômica) e da Administração (interesse coletivo e interesse

³²⁸ Esta lógica é também retratada em julgado do Tribunal de Contas da União, como se destaca das seguintes considerações da unidade técnica naquela sede: “Importa refletir sobre o fato de que, caso haja obtenção de receitas alternativas, estas certamente beneficiarão os usuários com a redução de tarifas, então é razoável que parte dessas receitas seja destinada à concessionária, sob pena de que a captação desses recursos torne-se desinteressante para esta última. Ora, se a obtenção dessas acessórias não trouxer nenhum ganho para as concessionárias e, portanto, não for buscada no mercado, conseqüentemente não haverá redução na tarifa de pedágio, isto é, estará sendo inibida uma fonte de recursos que tornaria possível a redução das tarifas.” (Acórdão 393/2002).

Também (no mesmo sentido) já comentou a doutrina, a propósito das receitas alternativas ou ancilares, que “...este incentivo, pela natureza das atividades a empreender, deve vir sob a forma de repartição de ganhos entre o delegatário e a modicidade tarifária; (...) cabe à agência reguladora dar efetividade à norma do art. 11 da Lei nº 8.987/95, definindo o percentual das receitas extraordinárias que será destinado respectivamente ao delegatário e à modicidade das tarifas e o procedimento a empreender para fazê-lo”. MACHADO, Cristiane Lucidi. “Receitas Alternativas, Complementares, Acessórias e de Projetos Especiais nas Concessões de Serviços Públicos: Exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95”. In *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* n.7, Belo Horizonte: Fórum. 2004, p. 107.

³²⁹ *Teoria geral...*, p. 299.

dos usuários) devem ser sintetizados em um ambiente associativo voltado a produzir certos resultados de interesse coletivo. Neste contexto, o modelo concessório, ao mesmo tempo que garante direitos do concessionário como parceiro da Administração e partícipe que é no alcance de fins de interesse coletivo, deve estar orientado a utilizar-se das habilidades próprias do setor privado, especialmente aquelas desenvolvidas no âmbito da racionalidade econômica, em benefício dos serviços públicos e de interesse coletivo. E para tanto é preciso usar de mecanismos de incentivo e de estímulo aos privados, sob pena de inibir sua vocação própria ao desenvolvimento de técnicas eficientes de gestão e de maximização dos resultados econômicos inerentes aos empreendimentos lucrativos. Uma política regulatória que desconsidera essa vocação natural dos privados, movida por interesses sempre egoísticos, padece de evidente ingenuidade.

Poder-se-ia lembrar que esquemas de repartição de ganhos a partir de políticas de estímulo têm permeado a concepção de fórmulas de reajuste de tarifas na modelagem das concessões. São conhecidos (como visto atrás) os sistemas de *Retail Price Index* ou IPC-X, que conciliam a aplicação de índice de reajuste com um fator de produtividade na gestão dos custos (sendo então uma solução, do ponto de vista regulatório, dotada de alto poder de incentivo).

Por isso, a interpretação restritiva da norma, que vê no mecanismo dos projetos associados fontes de receitas dirigidas exclusivamente a aliviar a carga tarifária a partir da compensação dos custos, não deve prevalecer. Essa orientação pode ser facilmente superada pela interpretação teleológica do preceito, que considera os mecanismos da integração de receitas acessórias meros instrumentos para que se alcance a modicidade tarifária.

5.7.6 A Integração de Fontes Alternativas de Custeio Como Via à Recomposição da Equação Econômico-Financeira da Concessão

A integração superveniente de novas fontes de custeio da prestação do serviço público poderá realizar-se com vistas à recomposição da equação econômico-financeira do contrato. Alterado o contrato de concessão, por decisão unilateral ou consensual, surgida a necessidade de restabelecimento de seu equilíbrio originariamente pactuado, negócios associados ou associáveis à

concessão, potencialmente geradores de renda suplementar, podem consistir em via à manutenção de sua equação financeira.

A hipótese tem respaldo no mesmo art. 11 da Lei n.º 8987/95 na medida em que retrata o uso do mecanismo como fator de manutenção da modicidade tarifária (assim como seriam todas as demais vias de restabelecimento do equilíbrio contratual que não a elevação do valor da tarifa). Rompida a equação econômico-financeira da concessão, gerando-se agravos econômicos à prestação do serviço, a integração destas vias alternativas de financiamento pode substituir a majoração tarifária como recurso a reconduzir o equilíbrio contratual à proporção originariamente pactuada.

Sua viabilidade jurídica deve ser examinada à luz do regime da alterabilidade do contrato administrativo. Neste particular, não vigem relações exaustivas acerca dos meios de recomposição da equação econômico-financeira, havendo certa liberdade pelas partes em eleger vias adequadas a alcançar o restabelecimento do equilíbrio contratual. Reconhece-se apenas a submissão desta escolha à via consensual. Ainda quando a alteração derivar do poder administrativo de modificação unilateral do contrato, o restabelecimento da equação econômico-financeira, como objeto mediato da providência, deve ser produzido consensualmente pelas partes.

Reconheço que, sob certo ângulo, à Administração reserva-se a possibilidade de escolha acerca de modos de recomposição da equação econômico-financeira do contrato, sendo essa uma investigação em certa medida internalizada na própria gestação da alteração contratual unilateral³³⁰. É que o processo de produção de alterações contratuais é complexo e poderá ensejar, por exemplo, a subtração de certas tarefas, dilatação de prazos, etc., isto é: condições implicadas na reorganização das tarefas contratuais. Mas, uma vez reformado o objeto regulamentar (por assim dizer) do contrato, o desequilíbrio econômico-financeiro

³³⁰ Como já anotei, “se a Administração resolve modificar determinado contrato administrativo motivada pela desatualização de algumas prestações de cunho regulamentar, produzirá o comando administrativo, determinando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que poderá engendrar-se de *várias* maneiras, desde que respeitada a proporção relativa. E a forma como se produzirá a compensação financeira decorrente da modificação no contrato (se pelo alargamento de prazo, aumento de benefícios, supressão de encargos etc.) será ainda ditada pela Administração; será, pois, objeto do ato de modificação. É correto dizer-se que estas compensações e adequações da modificação regulamentar do contrato constituem também uma alteração contratual”. *Alteração unilateral...*, p. 146.

resultante haverá de ser reparado a partir de vias que recebam a apreciação e passem pela concordância do concessionário (desde que o contrato não preveja desde logo as opções possíveis).

Omisso o contrato de concessão quanto às vias de recomposição econômico-financeira, a alteração deverá ser submetida à consensualidade. Parece-me que essa é uma inferência lógica da prescrição do § 1.º do art. 58 da Lei n.º 8666/93, que protege da interferência autoritária da Administração as cláusulas de natureza econômico-financeiras³³¹.

Verdade é que exceção de põe acerca do controle *tarifário* nas concessões, sendo esse uma das características mais emblemáticas e tradicionais da tutela regulamentar das concessões. Mas trata-se, então, de um aspecto regulamentar da concessão, sendo daí objeto direto e imediato do *ius variandi*. Já as vias próprias a recompor eventual rompimento do equilíbrio contratual em hipótese dessa natureza, se respeitarem às cláusulas econômico-financeiras da concessão, devem alcançar-se pela consensualidade.

Portanto, nada impede que, inexistindo no contrato previsão desta ordem, as partes resolvam consensualmente adotar mecanismo previsto no art. 11 da Lei n.º 8987/95 como forma de restabelecer equilíbrio contratual afetado por medidas unilaterais ou mesmo pela pactuação das partes.

5.7.7 Um Paralelo Com o Regramento Espanhol Sobre o Tema

Não é inútil estabelecer um paralelo, neste particular, com o regramento espanhol sobre o tema. Nos termos do art. 22e da LCAP (Lei 13 de maio de 2003), autorizou-se a integração de áreas complementares de exploração comercial na concessão de obras públicas. As atividades inerentes a estas zonas complementares devem ter caráter comercial ou industrial, ser de utilidade aos

³³¹ Sobre isso, já defendi em outro local: “De fato, a escolha por outras vias de recomposição haverá de submeter-se à *concordância* do co-contratante, sobretudo porque se têm as condições e formas de pagamento e remuneração como “cláusulas” intangíveis do contrato administrativo. Poder-se-ia reportar ao § 1.º do artigo 58 da Lei n.º 8.666/93 como óbice à imposição estatal de restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato em forma alternativa à recomposição de preços”. *Alteração unilateral...*, p. 297.

usuários da obra e ser suscetível de aproveitamento diferenciado³³². O dispositivo exige que as atividades sejam “necessárias ou convenientes pela utilidade que prestam aos usuários das obras”.

A lei espanhola, como se observa, não autorizou a configuração de fontes adicionais de toda ordem ao complemento da receita de custeio da concessão. Previu hipótese específica acerca da prestação de atividades paralelas e complementares em zonas de exploração comercial agregadas à obra pública. A integração destas fontes acessórias ao custeio da concessão de obras dependerá da vocação das atividades inerentes e geradoras da renda complementar em otimizar o funcionamento da concessão (ainda que não se possam entender como *necessárias* a que a obra principal cumpra sua finalidade, sob pena de atrair tratamento jurídico distinto). A hipótese assume contornos bem mais restritos que a solução acolhida pelo direito brasileiro. Como refere RAFAEL DOMÍNGUEZ OLIVEIRA acerca do disposto na legislação espanhola, “em que pese a aparente amplitude do preceito, estima-se que a mesma não ampara a possibilidade de que nestas zonas complementares se desenvolvam quaisquer atividades comerciais, sendo necessário que estas sirvam objetivamente ao uso inerente à obra pública, o qual se converte em parâmetro objetivo para valorar as atividades admissíveis”³³³.

A LCAP ainda estabelece a exigência de “unidade de gestão” a assinalar a integração das zonas complementares na concessão, o que pressupõe estender às obras de apoio às zonas comerciais a imposição de deveres atinente à concessão, tais como

Uma outra fonte prevista pela Lei (artigos 130 a 134) para o fim de financiar a construção ou manutenção de obra pública reside na outorga de *concessão de domínio público* ao prestador. Consiste em propiciar como alternativa remuneratória ao executor da obra e/ou de sua manutenção, nas hipóteses em que a obra pública não for suscetível de exploração econômica, a outorga de uma concessão de domínio público, integrada na zona de serviços ou na área de influência da obra

³³² OLIVEIRA. Rafael Domínguez. “Las zonas complementarias de explotación comercial (art. 223 y concordantes de la ley)”, *In Comentarios a la nueva ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madri: Civitas, 2003, p. 114.

³³³ “Las zonas complementarias...”, p. 115.

pública objeto. Observa a doutrina³³⁴ que a hipótese não se confunde com a concessão de obra pública, eis que, no caso, a obra objeto não é suscetível de exploração econômica – diversamente do que ocorre com a concessão de obra pública. Por exploração econômica deve-se entender a vocação da obra em propiciar o pagamento de contraprestação por terceiros a partir da disponibilização de uso. Assim e na hipótese, tem-se, no propósito de financiar-se a execução ou manutenção de obra pública, como fonte de retribuição do contratado, a possibilidade da outorga de concessão de domínio público na zona de serviços ou na área de influência em que se entrega a obra.

Parece que o tratamento conferido ao tema pelo direito espanhol é mais restrito que aquele lhe dispensado pelo direito brasileiro. Como se viu acima, diversamente da legislação espanhola, a Lei n. 8987/95 possibilita à Administração um largo espectro de alternativas a compor a receita do concessionário, à guisa de fontes alternativas, acessórias ou de projetos associados. O traço que assinala a amplitude deste leque de opções reside na ausência de exigência quanto à vinculação funcional-material entre a obra ou o serviço público objeto da concessão, ou mesmo quanto à totalidade do empreendimento, sendo de relevo apenas a vocação remuneratória do negócio ou projeto que integrará, sob o aspecto econômico-financeiro, a concessão.

5.7.8 A Hipótese da Remuneração do Concessionário Ser Integralizada Exclusivamente por Receitas Alternativas

Muito embora um traço característico da concessão esteja no seu custeio mediante tarifas pagas pelos usuários do serviço, nada impede que receitas alternativas configurem exclusivamente o modo de remuneração da concessão comum. Do ponto de vista da estruturação do ajuste, a exclusão da receita tarifária, desde que mantida uma certa dose de risco do concessionário na exploração do negócio e evitadas as contraprestações do Poder Público³³⁵, não desfigura a

³³⁴ OLIVEIRA. Rafael Domínguez. “Las nuevas modalidades contractuales introducidas por la ley (arts. 130 a 134 y 226)”, *In Comentarios a la nueva ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madri: Civitas, 2003, p. 128.

³³⁵ Como se explicará adiante, havendo “contraprestação pecuniária” do Poder Público, não haverá concessão comum, mas parceria público-privada. Nada impede, contudo, que se integrem na

concessão comum. É perfeitamente válida a configuração da receita concessória a partir exclusivamente de outras fontes que não a tarifa. Dito de outro modo: a tarifa não é mais um elemento imprescindível à configuração do modelo concessório. Em tese, será viável conceber um plexo de possibilidades negociais que, agregadas economicamente ao contrato de concessão, permitam a prestação do serviço público sem custo para o usuário. Não havendo contraprestação pecuniária pela Administração-concedente, o ajuste se qualificará como concessão comum, sujeita aos termos da Lei n.º 8987/95.

Observe-se que, a depender do modo que se estruture o ajuste, a hipótese poderá importar em alteração de uma concepção política subjacente ao modelo concessório clássico, que pressupõe o custeio do serviço público pelo usuário, preservando dele (do custeio) as receitas gerais. Oportunidades negociais aptas a verter recursos aos cofres públicos, quando absorvidas no projeto da concessão no propósito de eliminar³³⁶ o custeio direto do serviço público pelo usuário, pode configurar via indireta para promover a execução do serviço público à custa da sociedade em geral³³⁷.

5.8 A PARTICIPAÇÃO DO PODER PÚBLICO NO CUSTEIO DA CONCESSÃO

O preceito do art. 11 recebeu, de certo modo, exegese extensiva pela doutrina, que passou a admitir não só o custeio do serviço também por receitas alternativas à receita tarifária como ainda a hipótese de subsídios pelo Poder Público. Como já afirmou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “...quando a exploração se faça pela cobrança de tarifas dos usuários, não há impedimento a que o concedente subsidie parcialmente o concessionário. Obviamente, também não há

receita da concessão comum contraprestações de caráter não pecuniário providas pela Administração.

³³⁶ O acolhimento de receitas alternativas integradas à remuneração do concessionário, por si só, independentemente da exclusão das receitas tarifárias, já se afigura hipótese potencialmente apta a produzir a alteração na concepção política classicamente pressuposta ao modelo concessório. A peculiaridade da hipótese de eliminar-se o custeio por tarifas reside na desoneração do usuário ao patrocínio direto do serviço público.

³³⁷ Da mesma forma e de modo muito mais evidente, incorre nesta alteração de concepção a hipótese do subsídio parcial ou total do Poder Público à guisa de remuneração do concessionário, configurando uma PPP.

obstáculo a que possam ser previstas fontes alternativas de receita, complementares ou acessórias, como, aliás, o admite a lei nacional de concessões, tendo em vista “favorecer a modicidade das tarifas”. Daí haver-se dito que, em geral, o concessionário se remunera “basicamente” pela cobrança de tarifas, pois não é necessário que o seja exclusivamente por elas”.³³⁸

Este subsídio estatal tem a vocação de assegurar a viabilidade financeira de certos empreendimentos cujo custeio, já avaliadas primariamente hipóteses de receitas alternativas à arrecadação tarifária, geraria um preço de utilização acima de um patamar adequado a assegurar a sua modicidade. O planejamento da concessão deverá considerar como dado primário a pautar a estruturação financeira do projeto a adequação do valor das tarifas ao poder de renda do grupo de usuários a que se destina a prestação, eventualmente concebendo tarifas sociais, tarifas extrafiscais etc. O atingimento destas metas muitas vezes depende de um aporte de recursos públicos adicional à remuneração do concessionário. Trata-se de uma condição de viabilidade econômico-financeira de projetos que, sem a adição destes recursos, seriam deficitários. Daí que a ausência da alternativa do subsídio poderia, nestes casos, eliminar o cabimento da concessão, subtraindo esta via como mecanismo de realização de serviços públicos essenciais, ainda que, comparativamente com outras disponíveis, se mostrasse a mais apropriada sob vários ângulos para o atendimento da prestação.

A dependência da viabilidade da concessão a subsídios estatais em certas hipóteses conduziu, então, a doutrina a acolher a espécie como uma manifestação da diversidade de configurações da estrutura remuneratória da concessão³³⁹.

Facção mais conservadora da doutrina ainda não admitia que estes aportes públicos se traduzissem no custeio integral da concessão, hipótese em que não haveria *tarifas* pagas por usuários, mas *preço* pago pela Administração. Como advertiu CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Se, entretanto, o serviço fosse remunerado apenas por fontes estranhas à exploração do serviço, não existiria

³³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 691 e 692.

³³⁹ É de se lembrar que na redação original do projeto que deu origem à Lei n. 8987/95, o vetado artigo 24 então estabelecia: “O poder Concedente poderá garantir, no contrato de concessão, uma receita bruta mínima ou, no caso de obras viárias, o correspondente ao tráfego mínimo, durante o primeiro terço do prazo da concessão”. O artigo restou vetado ante o alegado de risco do desprestígio à eficiência operacional do concessionário e quanto ao dispêndio de subsídios por parte do Poder Público.

concessão de serviço público, mas modalidade contratual diversa”³⁴⁰. Ainda portanto que o jurista admita a integração das fontes remuneratórias do concessionário pelas subvenções, não admite que na concessão haja remuneração totalmente provida por recursos públicos.

Outros autores adotaram orientações mais flexíveis. Uma ampla investigação acerca da pluralidade das fontes de remuneração na concessão foi produzida por MARÇAL JUSTEN FILHO³⁴¹. O autor vai além da orientação que acolhe a adição de recursos públicos (e de outras fontes de receitas) à receita tarifária como estruturação hábil a formar a composição remuneratória do concessionário para, centrando o critério de qualificação da técnica concessória no *risco do concessionário*, afirmar a viabilidade da assunção *integral* do custeio da execução por parte da Administração Pública. Examinando hipóteses consideradas anômalas quanto à estruturação da remuneração da concessão, o jurista afirma que “a criatividade empresarial e a evolução tecnológica podem gerar situações originais e inovadoras, não praticadas anteriormente e que seriam reconduzíveis à figura da concessão”³⁴².

Em orientação próxima (mas não equivalente), Benedicto Porto Neto, reconhecendo que a Administração pode transferir a prestação de serviço público a terceiro, pelo mesmo regime jurídico da concessão, sem que sua remuneração guarde relação com o resultado da exploração, admite a hipótese do pagamento do preço diretamente pela Administração”³⁴³.

Portanto, a hermenêutica a propósito das concessões já indicava a abertura do modelo para uma diversidade de composições remuneratórias do concessionário, admitindo-se inclusive o custeio parcial ou integral da execução da concessão por recursos públicos.

³⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 691 e 692.

³⁴¹ “As diversas configurações da concessão de serviços públicos”, *In Revista de Direito Público da Economia* n 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 95 a 136. *Teoria geral...*, p. 103 e 104

³⁴² *Teoria geral...*, p. 104.

³⁴³ *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8987/95*. São Paulo, 1998, p. 76. Note-se, porém, que a posição do autor, embora coincidente em alguns aspectos, não se confunde com a de JUSTEN FILHO. PORTO NETO sustenta que a inexistência da correlação entre a exploração do negócio e a remuneração do concessionário não desfigura a concessão; enquanto JUSTEN parece depositar nesta correlação o critério para a identificação das concessões.

5.8.1 A Orientação Legislativa Superveniente

Ocorre que o advento da Lei Geral de PPP - que instituiu modalidades de concessão cuja constante dos arranjos fáticos pressupostos está na existência de contraprestação pelo Poder Público como via (única ou complementar) de remuneração do concessionário -, se por um lado tem o efeito de confirmar sob um ângulo prático a viabilidade da hipótese de integrar à receita da concessão contraprestação pecuniária do Poder Público, por outro parece subtrair do modelo das concessões comuns essa vocação. A Lei 11079/2004 encerra uma nova solução normativa à questão, eliminando da composição remuneratória inerente à concessão comum de serviços públicos a hipótese de contraprestação pecuniária do Poder Público, a qual passou a figurar como elemento remuneratório (necessário) da concessão patrocinada.

Em consulta à letra do artigo 2.º da Lei n.º 11079/2004, tem-se por concessão patrocinada “a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”, sendo certo que, de acordo com os termos do § 3.º do mesmo artigo, “não constitui parceria público-privada, a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

Da leitura dos dispositivos acima mencionados infere-se que a concessão patrocinada envolve necessariamente a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, enquanto a concessão comum caracteriza-se pela sua ausência (sendo, de resto, idêntica a base da relação fática destas tipologias, ressalvados os aspectos temporal e quantitativo de valor que restringem apenas o tipo da concessão patrocinada: mínimo de 5 e máximo de 35 anos quanto ao período de prestação do serviço; e valor mínimo contratual de R\$ 20 milhões)³⁴⁴. Daí que a concessão comum não envolverá contraprestação pecuniária do Poder Público (sem exclusão de outras fontes alternativas de financiamento).

³⁴⁴ Havendo, ainda, quanto às concessões comuns aplicadas a serviços de energia elétrica de geração, transmissão e distribuição a limitação do prazo de 35 e 30 anos (respectivamente), prorrogável por igual período (§§ 2º e 3º do art. 4º da Lei nº 9074 /95).

Assim, a criação da concessão patrocinada produz alteração quanto à identificação das hipóteses fáticas de ajustes de concessão comum, que não mais comportam contraprestação pecuniária do Poder Público integrada à composição remuneratória.

A orientação aqui sustentada não é pacífica. Autores de prestígio³⁴⁵ têm entendido pela abertura do modelo das concessões comuns, mesmo após a edição da Lei n° 11079/2004, a uma pluralidade de fontes de remuneração que não excluem o aporte de recursos públicos. Insisto, contudo, acerca da necessidade de promover uma delimitação precisa acerca das hipóteses fáticas, evitando-se a utilização alternativa dos modelos, o que se poria sob uma opção voluntarista da Administração³⁴⁶.

Como demonstrado acima, há explícita dicção legal excluindo da hipótese fática da concessão comum a situação de integrar-se a receita do concessionário por contraprestações pecuniárias do Poder Público. A razão disso reside na pressuposição de que a manipulação de recursos públicos como técnica a complementar e assegurar a rentabilidade econômico-financeira da concessão deve fazer-se segundo cautelas e limites demarcados com a Lei Geral de PPPs (mas inexistentes, em seu conjunto, na Lei Geral de Concessões). Assim, a Lei n° 11079/2004 previu condicionantes a limitar a utilização por esse modo de remuneração que inexistem na legislação aplicável á concessão comum. Um exemplo está na necessidade de autorização legislativa específica quando a contraprestação pecuniária do Poder Público extrapolar o patamar de 70% da remuneração do parceiro privado. Mas outras prescrições poderiam ser apontadas.

Pois este conjunto de regras imposto pela legislação de PPP, abundante dos termos da Lei n° 8987/95, encontra sua justificação sistêmica nas peculiaridades das hipóteses fáticas das figuras reconduzíveis ao tipo de parceria. Daí que a situação

³⁴⁵ Em sentido diverso, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO anota acerca da concessão patrocinada que, “substancialmente, não difere da concepção tradicional, em que também é possível contraprestação do poder público, sob forma de subsídio; só que na concessão patrocinada a contraprestação do poder público é obrigatória, e na concessão tradicional é excepcional”. *Parcerias na Administração Pública*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 54 e 55.

³⁴⁶ A posição manifestada decorre de uma análise técnica do ordenamento. Sob um ângulo ideológico, entendo que o modelo de concessão haveria de admitir pluralidade de configurações no tocante à remuneração, especialmente a hipótese de integração de contraprestações pecuniárias da Administração. Não será desprezível o número de projetos que, carentes dos atributos de configuração de uma PPP, restarão privados desse modo de remuneração – o que poderá gerar inclusive a ausência de condições financeiras de execução.

de se ter hipóteses fáticas idênticas para ambas as tipologias resultaria no risco de fuga do regime jurídico das concessões patrocinadas (em tese, dotado de restrições inexistentes no regime das concessões comuns) para o regime das concessões convencionais. Neste aspecto, um mesmo arranjo contratual concebido pela Administração seria tipificável como concessão patrocinada ou como concessão comum segundo opção exercida pela Administração. Isso importaria admitir, em muitos casos, um critério voluntarista e não objetivo de qualificação destes contratos, delegando à Administração o recurso ao regime jurídico que melhor lhe servisse à regulação do ajuste estipulado.

Parece-me, então, que há uma atração objetiva do tratamento jurídico particular a cada um destes tipos.³⁴⁷ Ajustes de delegação de serviços públicos que comportem contraprestação pecuniária da Administração adicional à receita tarifária serão qualificados como concessão patrocinada, atraindo o regime correspondente; os que não a comportarem, serão concessão comum, submetendo-se a regime diverso e inconfundível.

5.8.2 A Hipótese da Promoção Excepcional de Contraprestação Pecuniária

Provida pela Administração no Âmbito da Concessão Comum

Observe-se que afirmar a ausência de contraprestação pecuniária da Administração na composição da concessão comum não importa excluir a hipótese da promoção de recursos públicos destinados à recomposição da equação econômico-financeira. Eventualmente, o rompimento da equação econômico-financeira do contrato de concessão (pela verificação de eventos que imponham o dever jurídico da Administração Pública à sua recomposição) poderá dar lugar à prática de pagamentos adicionados à receita tarifária como modo de restabelecê-la. Esta hipótese decorre de situação excepcional e se põe sob o tratamento das formas de recomposição dos prejuízos suportados pelo concessionário em decorrência do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro. Difere, em princípio,

³⁴⁷ É verdade que, relativamente a determinadas peculiaridades distintivas das PPPs – o que, talvez, configure o que há de mais relevante a propósito da distinção entre o tratamento jurídico das PPPs e das concessões comuns –, há opção (e não imposição) a ser exercida pela Administração, como se passa com a utilização do fundo fiduciário ou de empresa pública no propósito de garantir as obrigações pecuniárias do Poder Público.

da previsão de contraprestação pecuniária do Poder Público como elemento integrado à concepção da concessão, em que se a tem como um componente originário da receita do concessionário. Num caso, o aporte de recursos públicos assumirá o caráter de pagamento excepcional e decorrente de fatores exógenos à estruturação e programação da concessão. Noutro, configurará uma peça integrativa do mecanismo remuneratório engendrado contratualmente. Tal como apontado por CESAR GUIMARÃES PEREIRA, “O poder concedente pode fazer pagamentos, instantâneos ou duradouros, necessários á recomposição do reequilíbrio contratual nas concessões comuns. Apenas não poderá fazê-lo nos casos em que tais pagamentos se destinem a resolver uma situação crônica derivada da insustentabilidade permanente da concessão – circunstância que está na base da consagração legislativa da PPP”.³⁴⁸

Assim, o que se afirma é a inviabilidade jurídica de se constituir originariamente uma concessão comum integrando-se na composição da receita do concessionário contraprestação pecuniária da Administração, assim entendida a *obrigação de dar* realizável por “ordem bancária” ou “cessão de créditos não-tributários” (art. 6º da Lei nº 11079/2004). Subsídios destinados à promoção de indenizações acerca de prejuízos sofridos pelo concessionário durante a execução do contrato de concessão, ainda que diluídas ao longo da execução do contrato (e que, portanto, possam assumir a aparência de contraprestações regulares adicionadas à receita tarifária), serão admissíveis.

A questão deve ser analisada á luz da possibilidade de alteração superveniente do contrato de concessão. Admitindo-se a possibilidade de modificação, consensual ou unilateral, do contrato de concessão (decorrente, eventualmente, de alterações nas políticas tarifárias implicadas com a concessão), surge a necessidade de recomposição da equação econômico-financeira, o que poderá envolver prestações pecuniárias pela Administração. A hipótese comportaria

³⁴⁸ “O processo licitatório das Parcerias Público-Privadas (PPPs) na Lei nº 11079/2004”, in *Parcerias Público-Privada* (coordenação Eduardo Talamini e Mônia Spezia Justen). São Paulo: RT, 2005, p. 201. Aponta, em sentido próximo, ADILSON DALLARI, acerca das parcerias público-privadas, que “não se trata de, incidentalmente ou eventualmente, pagar um subsídio para compensar diferenças eventuais ou episódicas. Trata-se, sim, de se estabelecer no próprio momento de celebração do contrato entre o particular e o Poder Público, que este vai, necessariamente, efetuar o pagamento ao particular executante, seja para completar o volume de recursos demandados pelo empreendimento, seja para remunerar, no todo ou em parte, os serviços prestados”. “Concessões de Pacote Rodoviário”, In *O Financiamento de Obras e de Serviços Públicos*. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 32.

em tese subsídios destinados a cobrir déficit de receita gerado em casos de subtração de parcelas da arrecadação originariamente prevista. Pense-se no exemplo das isenções (ou alterações) tarifárias supervenientemente decretadas pela via legislativa, aliviando-se a carga tarifária a determinada classe de usuários etc. Estes casos reclamam o necessário restabelecimento do equilíbrio contratual inicialmente pactuado, o que pode importar na reestruturação do pacto a partir da integração de prestações pecuniárias da Administração. Na hipótese, estas passarão a integrar a relação jurídico-contratual de modo sistemático, vocacionadas a resolver um déficit crônico e estrutural da concessão, ainda que surgido subsequente à sua outorga.

Não é impossível, então, que modificações introduzidas em contratos de concessão importem em subtrair-lhe a condição de auto-sustentabilidade, gerando a necessidade de restabelecer a equação financeira. Um exemplo característico está na modificação da estrutura tarifária. Benefícios tarifários ou mesmo a gratuidade à utilização do serviço a determinadas classes de usuários³⁴⁹, autorizadas legislativamente após o momento da outorga, podem significar o rompimento do equilíbrio financeiro da concessão, gerando a necessidade de restabelecê-lo. É possível que mudanças na tarifação do serviço público, afastadas outras vias de recomposição da equação financeira, exijam aportes periódicos e permanentes do Poder Concedente, subsidiando a operação deficitária do serviço³⁵⁰. A hipótese pode retratar a transformação, supervenientemente à outorga, do modelo da concessão comum para o modelo da concessão patrocinada. O que se quer

³⁴⁹ Lembre-se que o artigo 35 da Lei n. 9074/95 estabelece que: “A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

³⁵⁰ Não se vê óbice, registre-se, a que seja adotada como via à manutenção do equilíbrio contratual prestações pecuniárias periódicas providas pelo Poder Concedente. Como não vigem limites às formas e vias a alcançar-se a recomposição, a não ser aqueles decorrentes do princípio do menos ônus possível ao concessionário, a hipótese da introdução de prestações pecuniárias periódicas a complementar a receita do concessionário seria juridicamente possível. Em certos casos, esta poderia ser uma via de maior conveniência à Administração, inclusive. Como já assinaei em outra obra, a propósito da pluralidade de formas de compensação da equação econômico-financeira por decorrência de alteração unilateral do contrato, “a escolha pela forma de recomposição-compensação resultará do procedimento de formação da decisão de modificação unilateral; será extraível do colhimento de informações relativas, sobretudo da manifestação do co-contratante. A Administração deve, dentre as vias abstratamente disponíveis à manutenção da equação econômico-financeira, eleger a que melhor contempla o interesse público primário, exame que se realiza sob a égide da *economicidade, continuidade dos serviços públicos e razoabilidade*”. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 297.

destacar é que novas condições de prestação, especialmente aquelas relacionadas a aspectos tarifários, podem gerar desequilíbrio que afete a auto-sustentabilidade da concessão. E, neste particular, consideradas as formas de recomposição da equação financeira, a integração de aportes periódicos e permanentes providos pelo Poder Concedente poderá se constituir em via de maior conveniência a solucionar o déficit produzido. Nesta situação, ter-se-ia uma hipótese fática de concessão patrocinada surgida supervenientemente a partir da transmutação de ajuste originariamente configurado sob o modelo da concessão comum.

Note-se que há uma diferença fundamental entre formatar originariamente um ajuste de concessão comum a partir também de contraprestações pecuniárias – o que infringiria o regime da concessão comum – e admitir a sua integração superveniente na receita concessória à guisa de recomposição da equação econômico-financeira e em vista de situações imprevisíveis ao tempo da celebração do ajuste. A excepcionalidade da segunda hipótese e o seu enquadramento como medida de restabelecimento do equilíbrio financeiro do contrato torna as hipóteses inconfundíveis.

Poder-se-se-ia contrapor à hipótese suposta infração ao princípio da licitação. A objeção poderia fundar-se na *alteração superveniente* tanto das *condições de remuneração*, como da *configuração jurídica* do ajuste³⁵¹, desfiando a isonomia do processo licitatório que produziu a concessão comum.

Não entendo como procedente a objeção. Primeiro, porque a modificação das condições de remuneração, no caso aventado, decorreria de alteração regulamentar do objeto do contrato. Isto é: a modificação tutelar do objeto contratual dá lugar à reorganização da composição remuneratória da concessão. Os subsídios cogitados foram integrados à receita concessória como modo de recomposição da equação financeira do contrato. Logo e por isso, não há qualquer objeção a que, supervenientemente à celebração do ajuste da concessão, se produzam alterações

³⁵¹ Como já defendi em outro local, a modificação da tipologia contratual, ou de aspectos meramente jurídicos do contrato administrativo, não é passível de implementar-se pela via do *ius variandi*: “Não são passíveis, por isso, de ser conduzíveis aos pressupostos prescritos pelo direito brasileiro os aspectos de mera pactuação subjetiva, desinteressada da tutela administrativa, tais como aspectos procedimentais, de regulamentação de formas de pagamento, de imposição de penalidades, de fixação da tipologia contratual, entre outras. Restringe-se, por isso, o cabimento da alteração unilateral ao objeto regulamentar do contrato”. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 145.

contratuais, especialmente aquelas de natureza tarifária, observadas as limitações legais atinentes à hipótese.

Depois e quanto a um suposto extravasamento da competência regulamentar da concessão pela alteração na *configuração jurídica* do ajuste, entendo que, no caso suscitado, tal não se verifica. É verdade que uma restrição objetiva que se impõem à alterabilidade dos contratos administrativos, que se apóia na preservação de valores inerentes ao processo de licitação, reside na impossibilidade de se transformar a natureza jurídica ou tipológica dos contratos administrativos. Diz-se que o *ius variandi*, ou mesmo as hipóteses de alteração consensual dos contratos administrativos em geral, devem repousar exclusivamente sobre aspectos regulamentares das prestações, os quais não compreendem a conversão do tipo jurídico do contrato. Esta restrição decorre da impossibilidade de se desnaturar *materialmente* o objeto do contrato, transformando-se, por exemplo, uma obra em um serviço (convertendo-se, por consequência, um contrato de obra em contrato de prestação de serviço), assim como da impossibilidade mesmo de transformação do regime jurídico próprio da tipologia contratual originariamente produzida, convertendo-se, por exemplo, um contrato de doação com encargo em um contrato de compra e venda (ainda que mantidas as prestações avençadas). Assim, a Administração não poderá perseguir modificações radicais no objeto (materialmente considerado) do contrato que importem na modificação de seu regime jurídico, muito menos perseguir imediata e diretamente a transmutação da roupagem jurídico-tipológica do contrato.

Ocorre que a hipótese cogitada não incorre nestas restrições. Pressupõe alterações lícitas no objeto da concessão, as quais acarretam o desbalanceamento da equação financeira. A integração de contraprestações pecuniárias põe-se como decorrência destas alterações admitidas pelo direito. Então, não se objetiva a modificação do regime jurídico, mas a lícita modificação de um aspecto tutelar (como a modificação na estrutura tarifária, por exemplo) da concessão.

Sob outro ângulo, a objeção à hipótese fundada na suposta infração ao princípio da licitação poderia ser examinada à luz do princípio da proporcionalidade, considerada a necessidade de reabrir-se processo de licitação para autorizar a implementação das alterações concebidas. Isto é: tomada por inviável a integração de contraprestações pecuniárias do Poder Pública numa concessão comum, ainda

que como recomposição de equação econômico-financeira, restaria ao Poder Público promover a extinção do ajuste, reinaugurando processo licitatório para a implantação de uma concessão patrocinada. As conseqüências disso podem ser, nos casos concretos, extremamente gravosas ao Poder Público sob o prisma da economicidade e da eficiência. A solução pressupõe o (amplo) ressarcimento indenizatório ao concessionário, assim como os custos materiais e temporais envolvidos na confecção e na realização de novo certame licitatório.

Admitir a hipótese aventada como uma concessão comum, por outro lado, não importa ignorar a sua submissão a restrições e exigências veiculadas pela Lei Geral de PPPs no que concerne às condutas estatais dirigidas a subsidiar a prestação deficitária do serviço público. Penso que, na medida em que a concessão comum passa a acolher a integração de contraprestações pecuniárias providas pelo Poder Concedente como forma de subsidiar o custeio do serviço público, a ela devem ser impostas as restrições próprias da hipótese. Assim, se é certo que a concessão comum poderá excepcionalmente comportar a integração de contraprestações pecuniárias do Poder Público como via a alcançar a recomposição de sua equação econômico-financeira, a viabilidade jurídica da hipótese condiciona-se à observância das exigências impostas pela Lei n. 11079/2004 no que concerne ao envolvimento de recursos públicos na concessão.

O raciocínio orienta-se pela lógica fundante das prescrições contidas na Lei n. 11079/2004 vocacionadas à regulação das condutas de prestação de subsídios às concessões. Estas restrições existem para regular a hipótese de integrarem-se contraprestações pecuniárias providas pelo Poder Público em uma concessão. A teleologia da norma, neste particular, pressupõe condicionar aquela conduta à observância de certos parâmetros e procedimentos, justamente com vistas a orientar a aplicação de recursos públicos e o comprometimento das finanças estatais. Na medida em que a recondução de uma concessão comum à condição de economicamente viável passe pela integração de aportes periódicos e permanentes pelo Poder Público, com todas as conseqüências financeiras que disso decorrem relativamente ao impacto produzível em orçamentos futuros, se lhe impõe a observância de regras e postulados previstos à regulação da hipótese. Daí porque não se pode recusar a aplicação das restrições e exigências prescritas pela Lei n. 11079/2004 no que tange ao envolvimento de recursos públicos nas concessões.

A hipótese deverá ser precedida de (1) autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre (inc. I. do art. 10 da Lei n. 11079/2004): a) identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de custeio dos déficits que atingem a concessão (a partir da integração das contraprestações pecuniárias periódicas e em caráter permanente do Poder Público; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no §1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos artigos 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; (2) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de concessão “patrocinada” (inc. II do art. 10 da Lei n. 11079/2004); e (3) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; (4) estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública. Bem assim, havendo comprometimento de recursos públicos em percentual que ultrapasse a marca de 60% da totalidade da remuneração do concessionário, exigir-se-á autorização legislativa específica (§ 3º do art. 10 da Lei n. 11.079/2004).

5.8.3 A Conversão de Uma Concessão Comum em Concessão Patrocinada

A hipótese examinada acima não se confunde com a *conversão* de concessão comum em uma concessão patrocinada. Ressalvou-se que a integração de prestações pecuniárias no bojo de uma concessão comum pode decorrer da alterabilidade do contrato de concessão, como meio à recomposição do rompimento de equação econômico-financeira. Mas não é inviável que se opere mesmo uma *conversão* de concessão comum em patrocinada. A hipótese dependeria da

verificação de outros pressupostos que regem a configuração válida ao tipo da PPP. Condicionantes de prazo mínimo e máximo, de valor mínimo, entre outros, devem ser atendidos pelo ajuste concreto para que se verifique a conversão dos tipos.

Uma vez configurado juridicamente o tipo normativo da PPP, surge a opção pela transformação do ajuste em uma PPP, a ser exercitada pelas partes. De um ângulo prático, esta hipótese excepcional propicia a alternatividade pela adoção do regime da concessão comum ou pelo regime das PPPs. Como, no caso, as cautelas procedimentais trazidas pela Lei de PPPs serão exigíveis ao tratamento do problema sob o modelo da concessão, (como visto acima), o único efeito prático relevante que decorre da aplicação do regime das PPPs estaria na possibilidade jurídica pela adoção do sistema diferenciado de garantias (inviável na sede de uma concessão comum).

5.8.4 A Possibilidade da Integração na Concessão Comum de Contraprestações

Não-Pecuniárias Providas pela Administração

Nada impede que se integrem na receita da concessão comum contraprestações de caráter *não pecuniário* providas pela Administração. Lembre-se que a lei n. 11079/2004 definiu, para fins de aplicação do regime das PPPs, suas modalidades como aqueles ajustes que envolvam “contraprestação pecuniária” do Poder integrada à receita do concessionário. Não se verificando prestação desta natureza, não haverá a atração do regime jurídico da PPP. Logo, a concessão comum subsistirá ainda que contraprestações de caráter não-pecuniário providas pelo Poder Público estejam adicionadas à receita do concessionário.

A própria Lei n. 11079/2204 fornece o significado técnico necessário à interpretação do direito acerca das modalidades de contraprestação possíveis, para fins de identificá-las como de caráter pecuniário ou de caráter não-pecuniário. O artigo 6º. prescreve que “a contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I - ordem bancária; II - cessão de créditos não-tributários; III - outorga de direitos em face da Administração Pública; IV - outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V - outros meios admitidos em lei”. Os incisos I e II trazem hipóteses de contraprestações que se poderiam

qualificar como “pecuniárias” ³⁵² – ordem bancária e cessão de créditos não-tributáveis -, sendo que as demais hipóteses apresentam caráter distinto.

Quando se alude à contraprestação pecuniária, portanto, alude-se àquelas prestações que recubram a transferência de pecúnia, de dinheiro. Dos meios de cumprimento da contraprestação de que dispõe a Administração inscritos no artigo 6^a. da Lei Geral de PPP somente assim de qualificam a hipótese de “ordem bancária” ou de “cessão de créditos não-tributáveis”. As demais (outorga de direitos em face da Administração Pública; outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; outros meios admitidos em lei) podem ser reconduzidas, por exclusão, à hipótese das receitas alternativas tratadas no artigo 11 da Lei n. 8987/95 – que compreendem, para o fim de interpretação do regime concessório, todos os meios possíveis de prestação destinada a complementar a receita do concessionário, excluída a hipótese de contraprestação pecuniária do Poder Público.

Portanto, o que é de relevo é verificar se há contraprestação pecuniária da Administração integrada nas receitas concessórias, sendo tal situação o que provocará a atração do regime jurídico da concessão patrocinada ou deixará a regulação normativa à conta do regime da concessão comum. As demais condições – se existirem receitas adicionais de outras naturezas – não influem na apreciação, podendo-se verificar tanto concessão comum quanto patrocinada também a partir de receitas alternativas adicionadas à remuneração do concessionário. O que guiará a aplicação da disciplina específica será a constatação acerca da presença de contraprestação pecuniária pelo Poder Público.

Faz sentido que assim seja, porque o regime das PPPs gira em torno das especificidades financeiras envolvidas nos contratos em que o Poder Público assume encargos de natureza pecuniária. Essa a razão de existir do regramento sobejante do regime base das concessões, que tonifica e caracteriza o tratamento das PPPs. Bem observado, então, por CARLOS ARI SUNDFELD, que “a Lei das PPP foi editada para tratar dos contratos de concessão em que existam desafios especiais de ordem financeira: organizar a assunção de compromissos de longo prazo pelo

³⁵² O significado termo “pecuniário”, segundo o dicionário Aurélio, é “relativo a, ou representado por dinheiro”. *Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: 1988, p. 490.

Poder Público e garantir seu efetivo pagamento ao particular”, completando que “para as concessões sem tais compromissos a Lei das PPPs nada teria a dizer”³⁵³.

Logo, não desnatura a concessão comum a integração no seu bojo de contraprestações de natureza não-pecuniária providas pela Administração.

5.8.5 É Possível a Adição de Contraprestação Pecuniária a Ajustes Que Não se Amoldem às Exigências de Prazo e Valor Mínimo Previstos Para a Configuração de uma PPP?

Indaga-se também a viabilidade jurídica em se integrar à receita da concessão contraprestação pecuniária do Poder Público pressupondo-se ajustes que não atendam às condições de prazo e de valor mínimo exigidos para a configuração de uma PPP.

A interpretação conjugada dos parágrafos 1.º e 3.º do artigo 2.º da Lei n.º 1079/2004 conduz a entendimento negativo. Note-se que o § 1.º delimita o tipo fático da concessão patrocinada como sendo a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Já a dicção do § 3.º do artigo 2.º da normativa prescreve uma delimitação conceitual negativa do tipo legal de PPP e afirmativa do tipo da concessão comum ao dizer que “não constitui parceria público-privada, a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

Logo, a hipótese fática da concessão comum não mais admite a integração à receita do concessionário de contraprestações pecuniárias da Administração. Se assim for, ajustes desta natureza (do ponto de vista material) não poderão qualificar-se como concessão comum, em nenhuma hipótese.

Vale observar, também, que a condição de *valor mínimo estimado* e *prazo mínimo de prestação do serviço* não são elementos da hipótese de incidência ou do tipo normativo da PPP. Figuram na norma como condições a constranger a

³⁵³ “Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas”, *In Parcerias Público-Privadas* (coord. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

Administração na configuração de um ajuste de PPP. Funcionam, como se infere expressamente da Lei (§ 4.º do artigo 2.º³⁵⁴), como comando negativo, como *vedação* a certas hipóteses de arranjos de PPP. Logo, caracterizam-se como constrangimentos que *decorrem* da qualificação de um ajuste como PPP. Sua previsão tem por finalidade evitar que hipóteses de arranjos fáticos que pressuponham concessões qualificadas pela existência de contraprestação pecuniária do Poder Público adicionada à receita do concessionário se realizem juridicamente de modo válido sem a observância das exigências legais inscritas na legislação de PPP – como, por exemplo, a existência de lei autorizativa específica quando a contraprestação for superior a 70% da remuneração do parceiro privado (§ 3.º do art. 10 da Lei n. 11079/2004), assim como algumas limitações fiscais específicas que se impõem à celebração de PPPs (estas tratadas na parte especial da Lei – art. 22).

Desde que haja então a necessidade em se estruturar um arranjo concessório em que à receita do concessionário esteja integrada contraprestação pecuniária do Poder Concedente, sua viabilidade estará condicionada a uma certa dimensão mínima temporal e patrimonial. A *mens* da regra foi por isso proscrever a realização desta espécie de arranjo quando não atendidos determinados rigores prescritos pela Lei Geral de PPP. Como se disse acima, o legislador da PPP reservou tratamento diferenciado acerca de amarras jurídico-fiscais e quanto ao comprometimento de receitas públicas pressupondo ajustes concessórios que dependam de subsídios do poder público. Reconduzir estas hipóteses, alternativamente, ao modelo da concessão comum, desprovido do excesso de regramento trazido com a Lei de Geral de PPP, pode significar fuga ao tratamento próprio que lhe é reservado pelo direito.

³⁵⁴ “É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de Reais); II - cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”.

CAPÍTULO III

A CONCESSÃO PATROCINADA

1. INTRODUÇÃO

A concessão patrocinada é um contrato administrativo de concessão que pressupõe necessariamente o sistema tarifário integrado por contraprestações pecuniárias da Administração. Configura-se como uma concessão (comum) de obra (*execução de obra pública seguida de serviços exploráveis economicamente pelo concessionário*) ou de serviço público (*delegação da gestão de serviço público remunerada por tarifas pagas pelos usuários*, precedida ou não da execução de obra) desde que adicionada à receita tarifária cobrada dos usuários *contraprestação pecuniária* do parceiro público ao parceiro privado.

Do ponto de vista da identificação do conceito-tipo legal da concessão patrocinada (isto é: dos atributos que compõem a sua previsão normativa), deve-se verificar se a estruturação do ajuste concessório concretamente conformada supõe cumulativamente os seguintes elementos: (a) delegação da gestão do serviço público; (b) aplicação do sistema tarifário (cobrança de tarifas dos usuários); (c) contraprestação pecuniária provida pela Administração cronicamente integrada na remuneração do concessionário (que compreende as tarifas pagas pelos usuários e/ou receitas provenientes de fontes alternativas). Se estes elementos estiverem presentes na conformação de dado ajuste contratual, a hipótese deverá subsumir-se ao conceito-tipo legal de concessão patrocinada.

A qualificação (subsunção) da hipótese fática ao conceito legal de PPP faz incidir o tratamento jurídico correspondente (disciplinado pela Lei n. 11079/2004). Logo e se isso se verifica, o ajuste modelado pelo regime da concessão patrocinada deverá pressupor o compartilhamento de riscos (inclusive extraordinários) entre o parceiro público e o privado; deverá possuir valor mínimo estimado de R\$ 20 milhões e ter prazo de vigência mínimo de prestação de serviços de 5 e máximo de 35 anos –, podendo ainda conformar-se segundo outras condições legalmente disponíveis às partes na pactuação (como o estabelecimento de garantias, inclusive ao parceiro privado através de fundo garantidor etc). Estas condições não integram propriamente a hipótese normativa da concessão patrocinada, mas são conseqüências da subsunção ou da classificação do tipo fático ao conceito legal. Uma vez configurada a concessão patrocinada, isto é uma vez operada a classificação do tipo fático ao tipo legal da concessão patrocinada, impõe-se-lhe a

observância das limitações e condições que devem constranger a conformação do ajuste pelas partes.

Observa-se, então, que o tipo legal da concessão patrocinada abarca o tipo da concessão comum de serviços públicos - adicionando-lhe o atributo da contraprestação pecuniária provida cronicamente pela Administração Pública como parcela da remuneração do concessionário. A compreensão da hipótese legal da concessão patrocinada depende, por isso e em certa medida, da compreensão dos característicos da hipótese da concessão comum de serviços públicos, já examinados atrás. Para além disso, é relevante investigar o traço adicional que a singulariza relativamente à concessão comum de serviços públicos: a integração da contraprestação pecuniária provida pela Administração na remuneração do concessionário.

É preciso, pois, observar a configuração da hipótese do ajuste concessório para atrair ora o regime da Lei n. 8987/95, ora o regime da Lei n.º 11079/2004, e esta classificação girará em função da presença ou não de contraprestação pecuniária do Poder Público integrada num contrato de concessão comum de serviço público. Na medida em que a existência de contraprestação pecuniária exclui a possibilidade jurídica da concessão comum de serviços públicos, como se depreende dos termos do § 3.º do art. 2.º da Lei n.º 11079/2004, tal configura requisito exclusivo da roupagem jurídica da PPP. Havendo esta situação, o ajuste só assim poderá qualificar-se.

2. A CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO COMO ATRIBUTO DO TIPO LEGAL DA CONCESSÃO PATROCINADA

Numa configuração de concessão patrocinada, a contraprestação pecuniária se adiciona a outras receitas atinentes à concessão, como as tarifas pagas pelos usuários, receitas oriundas de fontes alternativas à tarifa e contraprestações não-pecuniárias do Poder Público. Mas independentemente da adição de outras receitas financeiramente vinculadas à concessão, a pedra-de-toque a configurar uma concessão patrocinada reside na presença de *contraprestação pecuniária* provida pela Administração adicionada à *receita tarifária* na composição da remuneração do concessionário.

No dizer de ANTUNES VARELLA, “obrigação pecuniária” é a que tem por objeto certa quantia em *dinheiro* -- como etimologicamente indica o próprio termo³⁵⁵. Trata-se de obrigação que se solve pelo pagamento em dinheiro. A contraprestação pecuniária é, então, o meio de pagamento de uma obrigação pecuniária, que tem por objeto a transferência de pecúnia. Distingue-se de outras modalidades de contraprestação que versem sobre transferência de bens de natureza diversa. Quando a lei refere à contraprestação *pecuniária* como elemento remuneratório imprescindível da concessão patrocinada, exige que, nesta sede, o Poder Público assuma obrigações pecuniárias (periódicas) em face do concessionário, reservando esse modelo para ajustes que pressupõem a adição de recursos públicos à receita concessória.

Para fins de caracterização da concessão patrocinada, esta espécie de contraprestação pode assumir qualquer forma admitida em lei (desde que traduza contraprestação em pecúnia), a teor do inciso V do art. 6 da Lei n.º 11079/2004). Dentre as tipologias de contraprestação do parceiro público previstas na Lei n. 11079/2004 (art. 6º), somente a “ordem bancária” e a “cessão de créditos não-tributários” configuram vias reconduzíveis à noção de prestação pecuniária. As demais consistem em prestações destituídas desta natureza. Uma análise específica acerca destas hipóteses de remuneração será realizada adiante.

Não é inútil referir, nesse passo, à natureza jurídica da contraprestação (pecuniária) integrada em ajustes de PPP. O seu enquadramento jurídico importa consequências diretas no regime aplicável, se *subvenção* (econômica) ou se *contraprestação (pagamento) por serviços prestados*.

³⁵⁵ Lembra o autor que o termo pecúnia, etimologicamente, remonta ao vocábulo *pecus* (*pecus, pecoris* – o gado), por terem sido os animais, devido à sua mais fácil mobilidade, um dos primeiros instrumentos gerais de trocas no comércio jurídico dos povos primitivos: SAVATIER, *La théorie des obligations*, 2.ª ed. 1969, n. 71. *Direito...*, p. 346.

2.1. A NATUREZA JURÍDICA DA CONTRAPRESTAÇÃO (PECUNIÁRIA) DA ADMINISTRAÇÃO

A definição da natureza jurídica da contraprestação da Administração nos contratos de concessão patrocinada é relevante para definir o tratamento jurídico correspondente. No direito brasileiro, a *subvenção* e a *despesa* em decorrência de serviços adquiridos obedecem a tratamento inconfundível. Do ponto de vista das exigências legais para a sua concessão, as subvenções a empresas de fins lucrativos dependem de previsão em lei especial para sua concessão³⁵⁶. A considerar, ainda, aquela contraprestação como *subvenção*, seria necessário avançar no exame para investigar os pressupostos à sua concessão (isto é: se a autorização legislativa exigida pela Lei n.º 4.320/64 para a concessão de subvenções nas PPPs estaria atendida pela Lei n.º 11.079/2004, que faria as vezes de lei específica para aquele fim). Já no campo do direito tributário, a classificação desta despesa importa relevantes conseqüências no seu regime jurídico: se *subvenção (para investimento)*, pode-se livrá-la da base de cálculo do IRPJ e CSLL, e da incidência de PIS, COFINS e ISS, aliviando-se a carga tributária correspondente³⁵⁷. Se simples contraprestação contratual, atrai a incidência dos tributos ordinariamente aplicáveis à receita empresarial.

É relevante, para esta missão, bem demarcar a noção jurídica de subvenção acolhida no direito brasileiro.

Na Constituição, a *subvenção* é referida no inciso I do art. 19; *caput* do art. 70; e § 2º do art. 199, sem, contudo, que seja fornecida uma definição para o instituto. No plano infraconstitucional, o tema é tratado pela Lei n.º 4.320/64, sendo referido também no Decreto 93.872/86.

Não há na legislação brasileira uma definição precisa da subvenção. Essa, aliás, uma razão que conduziu a doutrina a trabalhar com noções amplas de subvenção, equiparando-a por vezes a *subsídio* e a *auxílio*. Buscando um conceito

³⁵⁶ É o que dispõe o artigo art. 19 da Lei n. 4.320/64: A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, à empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.

³⁵⁷ Confira-se o parecer COELHO, Sacha Calmon Navarro. “Subvenção para Investimento por Parte da Concessionária, Paga a esta pelo Governo Estadual no Bojo de Parceria Público-Privada – Não-Inclusão na Base de Cálculo do IRPJ e CSLL – Não-incidência de PIS, COFINS e ISS”, *In Revista Dialética de Direito Tributário* n. 140. São Paulo: Dialética, 2007, p. 115 e ss.

para o instituto, REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA entende por subvenção “o auxílio financeiro, previsto no orçamento público, para ajudar entidades públicas ou particulares a desenvolver atividades assistenciais, culturais ou empresariais”³⁵⁸. A alusão à natureza da subvenção como um *auxílio* permite compreender um traço central de sua existência, consistente na ausência de obrigação de reembolso por parte do subvencionado. Perfaz a noção de auxílio, como uma atribuição pecuniária a favor de sujeitos econômicos, sem que estes fiquem constituídos na obrigação de reembolso. Logo e na palavra de CABRAL DE MONCADA - perfeitamente útil ao exame do instituto no direito brasileiro -, a subvenção, espécie do gênero subsídio, consiste numa atribuição pecuniária unilateral a favor de sujeitos econômicos: “é, pois, em atenção ao critério da natureza jurídica da situação do beneficiário, consoante este fique ou não sujeito ao reembolso que se distingue o subsídio das restantes forma de fomento econômico”³⁵⁹.

Estas características revelam-se na configuração legislativa da subvenção no direito brasileiro. Sob o ângulo financeiro, a Lei n. 4320/64 enquadra a subvenção como *transferências correntes*, que compõem, ao lado das *despesas de custeio*, as *despesas correntes*. Define para este fim a subvenção como espécie de transferência para cobrir *despesas de custeio* das entidades beneficiadas. De seus termos, tira-se a classificação entre *subvenção social* e *subvenção econômica*, sendo a primeira a transferência para cobrir despesas de custeio destinadas a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural sem finalidade lucrativa, e a segunda a transferência para cobrir despesas de custeio destinada a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

³⁵⁸ *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo, RT, 2006, p.371.

³⁵⁹ O autor entende a subvenção como espécie do gênero “subsídio”. “O subsídio é uma expressão genérica que abrange um conjunto diversificado de providências administrativas possuindo, no entanto, um denominador comum: o tratar-se de atribuições pecuniárias unilaterais a favor dos sujeitos econômicos sem que estes fiquem constituídos na obrigação de reembolso. É por esta razão que também se chama ao subsídio subvenção, comparticipação, auxílio prêmio, etc”. MONCADA. Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 500 e 501.

No direito brasileiro, não há espaço para uma noção exata de subsídio. A classificação proposta por MONCADA, neste particular, não parecer ser aplicável ao caso nacional. Esta a razão pela qual o sentido da expressão *subsídio* empregada em diversos registros deste trabalho é mais econômica que jurídica, prendendo-se à idéia de transferência de recursos entre agentes, destinada à recuperação de parcelas deficitárias de determinados processos econômicos.

Para estas últimas, a Lei impõe o requisito da autorização legislativa para sua concessão³⁶⁰.

No universo das subvenções econômicas, seria possível identificar subvenções que assumem a configuração de *transferências correntes*, quando usadas na compra de bens consumíveis; e outras que vestem o figurino de *transferências de capital*, quando as subvenções são utilizadas na compra de capitais fixos, como aquisição de máquinas, execução de obra etc - como aponta JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO³⁶¹. Esta distinção está retratada na disciplina legal do tema no direito nacional, que, para além da definição genérica veiculada pela Lei n. 4320/64 (que a trata explicitamente como transferência corrente), admitiu a *subvenção para investimento* como prestação subvencional endereçada à aplicação em bens ou direitos. Disciplinada, sob ângulos específicos, pelo Decreto-lei n. 1598/77 (art. 38), a subvenção para investimento está referida pelo Parecer Normativo CST n. 112/78, que, apoiado nos Pareceres Normativos CST n. 143/73 e CST n. 2/78, definiu-a como “a transferência de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la, não nas suas despesas, mas sim, na aplicação específicas de bens ou direitos para implantar ou expandir empreendimentos econômicos”.

Tal como se observa, ainda que se reconheça que as *subvenções* não sejam como regra equiparáveis às obrigações reembolsáveis, dado sua feição de liberalidade, podem elas condicionarem-se ao cumprimento de certos objetivos pelo subvencionado³⁶². É o que ocorre com as subvenções para investimento, que exigem sua aplicação em bens ou direitos.

Relacionando-se esses conceitos ao esquema remuneratório da PPP, tem-se certo que as subvenções correntes não podem assumir o figurino jurídico de *contraprestação pecuniária* do parceiro público. É válido notar que essas subvenções, como transferências correntes, estão expressamente diferenciadas das

³⁶⁰ É o que dispõe o artigo art. 19 da Lei n. 4.320/64: A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, à empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.

³⁶¹ *Lições de Finanças Públicas*. 5ª. Ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 75.

³⁶² Vale lembrar que subvenção vem definida pelas Normas Brasileiras de Contabilidade como “contribuição pecuniária, prevista em lei orçamentária, concedida por órgãos do setor público a entidades públicas ou privadas, com o objetivo de cobrir despesas com a manutenção e o custeio destas, com ou sem a contraprestação de bens ou serviços da beneficiária dos recursos” – alínea “e” do item 19.4.2 (NBCT 19.4).

despesas com origem na contraprestação direta em bens ou serviços (§ 2.º do art. 12 da Lei n. 4320/64), o que permite singularizá-las de contraprestações providas pela Administração no âmbito de contratos administrativos em geral. As transferências correntes não se caracterizam como pagamentos à conta de bens e serviços adquiridos; não se lhes associa a idéia de *contraprestação*. São dotações que cumprem finalidades outras que não a retribuição por prestações adquiridas pela Administração. Por isso, é de se lhes negar o caráter *contraprestacional*, presente nas obrigações de pagamento contraídas pela Administração, próprias dos contratos administrativos em geral. Igual conclusão se chega a propósito da chamada subvenção-investimento.

Observe-se que o art. 7.º da Lei Geral de PPP dispõe que a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada, o que indica que a obrigação justifica-se como contrapartida à disponibilização do serviço (ou de parcelas fruíveis do serviço). Trata-se assim de um pagamento que decorre do cumprimento da obrigação (contraída pelo concessionário) à disponibilização do serviço. A prescrição indica, portanto, o caráter contraprestacional da obrigação pecuniária assumida pelo Poder Público na esfera da concessão patrocinada. Será exigível, assim, que essas contraprestações surjam como pagamento por bens e serviços executados. Se a subvenção pressupuser necessariamente o adiantamento de recursos para a realização de bens e serviços, haverá incompatibilidade com a exigência de que a realização das contraprestações seja precedida da disponibilização dos bens e serviços.

Além disso, o parágrafo único do art. 6.º da Lei n. 11079/2004, ao admitir a previsão no contrato de PPP de remuneração variável ao parceiro privado vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato, caracteriza os pagamentos a cargo da Administração em contratos desta espécie como prestação de natureza diversa da subvenção. A noção de subvenção não se concilia, em princípio, com prestação atrelada (e quantificada relativamente) ao desempenho do concessionário, mas exige que aquela se conforme como mero subsídio para assegurar a viabilidade econômica da prestação do serviço público e da execução de infra-estrutura.

Ou seja, as prestações pecuniárias da Administração nos contratos de PPP estão diretamente conectadas ao cumprimento de certas obrigações pelo parceiro privado e a variantes de desempenho etc. Como tais, respondem a outras razões que não exclusivamente à cobertura financeira de certas parcelas deficitárias do serviço público ou ao subsídio econômico à construção e expansão de infraestrutura. A técnica em calibrar a remuneração do concessionário (aí incluída a contraprestação pecuniária do Poder Público) a partir de seu desempenho pode significar uma prática incompatível com os estreitos fins da subvenção, com seu propósito específico de auxílio financeiro à prestação do serviço público e à execução de bens.

Um outro aspecto que pode indicar alguma incompatibilidade da contraprestação pecuniária da Administração na PPP com a subvenção está em que aquela foi tratada pela Lei como obrigação de índole contratual, sendo que seu inadimplemento importa conseqüências típicas do regime das infrações contratuais. Tendo em vista a natureza contratual (e não subvencional) da contraprestação pecuniária do Poder Público, à Administração não se faculta (discricionariamente) a sua eliminação ou mesmo sua substituição por prestação de índole diversa. Lembre-se que se lhe reconhece a feição de cláusula econômico-financeira do contrato, nos termos do art. 65 da Lei n.º 8666/93. Como tal, sua alteração está restrita à via consensual e bilateral.

Já às subvenções a jurisprudência reconheceu a possibilidade de sua suspensão discricionária pela Administração. Como dito, "...em se tratando de auxílio simplesmente autorizado por lei ao Poder Executivo, goza este do poder discricionário de concedê-lo ou não. Cabe a este verificar a oportunidade e conveniência de conceder o auxílio, atendendo a critérios políticos e sociais locais. Assim, pode o Estado, baseando-se na discricionariedade da concessão, suspender ou não o auxílio"³⁶³. É certo que, uma vez relacionado o benefício no contrato de concessão, integrando assim a sua equação econômico-financeira, caberá ao contratado optar pela rescisão na hipótese de suspensão da subvenção. Mas é possível admitir que a sua supressão seja compensada, à luz do regime da equação econômico-financeira do contrato, por prestações de índole diversa. Por ser um

³⁶³ AP n. 243.816-2/4. Rel. Des. Vicente Miranda. 17.ª C. Cível do TJ/SP. In JURUENA, Marcos. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 42.

elemento externo ao contrato (ainda que a ele relacionado) e que obedece a regime particular e inconfundível às obrigações contratuais, à Administração-contratante não cabe muitas vezes assumir a missão de garantir a continuidade da prestação da subvenção por toda a duração da concessão (ou pelo período previamente programado).

Pode-se ir além para reconhecer que a integração da contraprestação pecuniária à configuração jurídica do contrato de concessão retira-lhe o caráter de pagamento a fundo perdido ou de pagamento-subvenção. Caracteriza-se como um meio de pagamento constitutivo do tipo legal da concessão patrocinada. Assim sendo, decorre de uma relação contratual mais abrangente, que pressupõe uma multiplicidade de direitos e obrigações a ambas as partes. A contraprestação integra a receita concessória não como um subvencionamento *externo* à concessão, dedicado a, em determinados casos concretos, assegurar certos fins de interesse social, mas configura, no plano da concessão, uma via de pagamento que lhe é internalizada, supondo o cumprimento das obrigações do concessionário como pressuposto à sua exigibilidade.

As subvenções podem, é certo, prestar-se a cobrir parcelas deficitárias do serviço público, servindo também, sob o prisma econômico, como um subsídio ao concessionário. Essa é uma vocação genuína das subvenções³⁶⁴. Mas a hipótese é inconfundível com a contraprestação pecuniária como elemento remuneratório da concessão patrocinada. Nesta, a obrigação pecuniária é de índole contratual e se põe como um modo de pagamento geneticamente integrado no (sistema remuneratório do) tipo do contrato; não se presta a subvencionar a atividade do concessionário visando a certos fins específicos, mas consiste apenas numa via de

³⁶⁴ Um exemplo recente esteve na autorização para a concessão de subvenção econômica com a finalidade de contribuir para a modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda a que se refere a Lei nº 10.438, de 2002, veiculada pela Lei nº 10.604, de 17 de dezembro de 2002. O assunto foi regulamentado pela Resolução nº 116, de 19 de março de 2003, editado pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

JOSÉ PASCUAL GARCÍA, em obra específica acerca do tema, após delimitar negativamente a noção de subvenção, chama a atenção para algumas hipóteses que podem ser reconduzidas à categoria, assinalando que “deben quedar comprendidas en la categoría de subvención las entregas de fondos públicos siguientes: (...) Las que tienen por objeto la financiación de servicios públicos ... cuando se prestan gratuitamente o por precio inferior al coste por particulares ajenos a la Administración”. *Régimen Jurídico de Las Subvenciones Públicas*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1996, p. 37.

pagamento de remuneração da concessão, a qual, por sua vez, supõe a prestação de serviços públicos dentro de certas condições pelo concessionário.

Nas PPPs, por isso, a contraprestação provida pelo Poder Público não difere daquelas típicas dos contratos administrativos gerais, cumprindo, sob o ângulo do sistema remuneratório do contrato, função equivalente à de qualquer contraprestação contratual contraída por bens e serviços adquiridos. Mesmo na concessão patrocinada, em que se opera, sob o ângulo puramente financeiro, um *subsídio* para o custeio de parcelas não-recuperáveis da concessão, os pagamentos providos pela Administração assumem, do ponto de vista jurídico, feição de contraprestação contratual, só devidas (inclusive) a partir da disponibilização do serviço (fruível) ao usuário. Este entendimento, aliás, não destoa do tratamento dispensado ao problema em outros ordenamentos³⁶⁵.

Não por acaso, então, a Lei n.º 11079/2004 batizou estas obrigações de *contraprestações pecuniárias*, associando-lhes a noção de *remuneração* do concessionário pelo cumprimento de suas obrigações.

Duas razões podem ser referidas como justificadoras desta opção legislativa, como noticia o testemunho de MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO³⁶⁶. De um lado, uma razão de cunho jurídico: o problema da exigência de autorização legislativa expressa para a concessão de subvenções econômicas para empresas sem fins lucrativos (art. 19 da Lei 4320/64). “Essa discussão faria emergir discussão sobre o conceito de “lei especial”, para o efeito da autorização da realização de pagamentos pela Administração a parceiros privados em PPP”. A definição como subvenção produziria a ampliação de um risco jurídico relacionado à dificuldade em se precisar o entendimento acerca da autorização especial para a concessão da subvenção. Por outro lado, aludia-se a uma mal-sucedida experiência histórica com as parcerias entre o Poder Público e os

³⁶⁵ Há solução equivalente em Portugal. Nos termos do art. 11, alínea “a” do item 2, do Decreto n.371/93 - que define o regime dos *auxílios* de Estado para fins de disciplina da concorrência -, não se consideram *auxílios* as *indenizações compensatórias*, qualquer que seja a forma que revistam, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público. Esclarece RUI PEREIRA DE SOUZA que estas indenizações compensatórias funcionam como compensação a empresas concessionárias de serviços públicos pelo fato de lhes ser imposta a prática de preços políticos ou inferiores aos de mercado. Um exemplo está na concessão do sistema de metro ligeiro do Porto (Decreto-Lei n. 394-A/98, de 15 de dezembro). *Contrato de Concessão: Perspectiva Econômica, Financeira e Contabilística*. Lisboa: Áreas Editora, 2003, p. 71 e 72.

³⁶⁶ *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 184 a 186.

particulares para construção de ferrovias no final do século XIX e começo do século XX, o que conduziu o legislador a conceber os pagamento públicos como contrapartida (vinculada) à disponibilização do serviço ou à sua efetiva prestação (art. 7º da Lei n. 11079/2004).

Pelo exposto, conclui-se que as contraprestações pecuniárias do parceiro público não perfazem a noção de subvenção.

No entanto, isso não importa negar a possibilidade de que subvenções sejam integradas em projetos de concessão patrocinada ou administrativa, a depender de indicação explícita no Edital de licitação e no contrato. Obedecerá, contudo, a tratamento algo diverso da contraprestação pecuniária do parceiro público.

Não se deve fugir, aqui, ao reconhecimento da complexidade das PPPs, que podem envolver uma multiplicidade de configurações econômico-financeiras. No âmbito da riqueza de possibilidades remuneratórias praticáveis sob o modelo de PPP, não se vê, em princípio, óbice a que subvenções lhe estejam integradas. Lembre-se que a concessão patrocinada, ao admitir (e exigir) a integração de contraprestações públicas no conjunto de receitas concessórias, não impõe, para fins desta composição, esquemas rígidos ou configurações definitivas. Deixa ampla margem discricionária estipulativa para que a as partes (prevalentemente, o parceiro público) componham arranjos variados, de acordo com conveniências econômico-financeiras.

3 A FINALIDADE DO INSTITUTO DA CONCESSÃO PATROCINADA

A concessão patrocinada é um instrumento jurídico de que dispõe a Administração para engendrar programas de criação, recuperação e expansão de infra-estrutura e do serviço público. Ao pressupor a integração de contraprestação pecuniária pelo Poder Público, este modelo serve a dois propósitos imediatos: (a) vestir juridicamente arranjos contratuais que tenham por objeto concessões de serviços públicos cuja receita tarifária e outras receitas ancilares se mostrem insuficientes a custear a prestação do serviço público (o que supõe considerar o custo operacional da concessão + o lucro do concessionário), recorrendo-se às contraprestações pecuniárias da Administração como meio a permitir viabilidade

econômico-financeira da concessão concretamente projetada; e (b) calibrar o nível de risco envolvido em certos projetos estruturantes e de serviço público, permitindo, com a participação do Poder Público (como garante, por exemplo, de certa parcela dos riscos) na remuneração do concessionário, mitigar riscos que tornariam as possibilidades de financiamento pelo capital privado pouco atrativas. Portanto, ainda que certo projeto possa caracterizar-se como (matematicamente) auto-sustentável, dispõe o Poder Público, através da concessão patrocinada, de instrumento (regulatório) de calibragem dos níveis de risco que, em certos casos, podem impedir melhores condições de financiamento do serviço público pelos parceiros privados.

A primeira finalidade que lhe é destacada retrata a sua vocação genuína, por assim dizer. Talvez o propósito fundamental que justificara a concepção da concessão patrocinada esteja na sua vocação a permitir a participação do capital privado em projetos financeiramente deficitários. O modelo pressupõe assim ajustes em que a receita tarifária conjuntamente com outras fontes de financiamento não se mostram suficientes a produzir um projeto auto-sustentável (concretamente delineado), havendo daí a necessidade de se complementar as receitas do concessionário a partir da participação (pela adição de recursos públicos) do Poder Público no seu financiamento. Há hipóteses em que um projeto de concessão, considerando-se todas as fontes de financiamento viáveis (receita tarifária em patamar módico, receitas alternativas e acessórias) assim como prazos-limites a propiciar o retorno do investimento + o lucro do concessionário, afigura-se economicamente inviável. Há insuficiência das fontes de financiamento do serviço público. A hipótese de adicionar contraprestações do Poder Público consiste assim num modo de viabilizar a execução de projetos nesta condição.

Diversas razões e propósitos podem conduzir a uma configuração financeiramente deficitária de um projeto concessório. A auto-sustentabilidade de certo projeto dependerá do modo como se articulam o prazo do ajuste, as fontes de custeio e os custos globais da concessão (incluída aí a margem de retorno do concessionário). A insuficiência das fontes de custeio pode resultar, por exemplo, do oferecimento de um *preço político* aos usuários do serviço público. Pode-se verificar o interesse da Administração em oferecer o acesso ao serviço público a partir de preços subsidiados pelo Poder Público. Isso pode se verificar tanto de modo global acerca de determinado projeto, aproveitando-se a situação de todos os usuários,

como servir de via ao financiamento de tarifas sociais a determinadas classes de usuários. O uso pela concessão patrocinada, nestas hipóteses, parte do pressuposto de que restaram desprezadas ou insuficientes as vias de subsidiar de modo cruzado a concessão, como o auto-financiamento interno pela transferência do ônus do financiamento de determinadas classes por outras etc..

Observe-se que um subproduto da configuração da concessão patrocinada estará na mitigação do *risco concessório*. Quando recursos públicos são adicionados a um projeto de concessão, como complementação de receita, a depender do modo como isso se estruturará financeiramente, haverá a redução do nível de risco transferido ao concessionário (comparativamente ao modelo da concessão comum de serviço público). Há diversas formas de modelar financeiramente os compromissos financeiros do parceiro público na esfera de uma concessão patrocinada³⁶⁷, podendo-se verificar, por exemplo, adição de prestações fixas, garantias de demanda mínima etc. Certos modelos importarão na supressão mais acentuada do risco concessório, outros se aproximarão da configuração aleatória tradicional das concessões (comuns). Mas, como regra, o uso da concessão patrocinada acarretará a redução das áleas envolvidas na concessão.

Se a mitigação dos riscos consiste num efeito indireto da concessão patrocinada vocacionada ao preenchimento de parcelas deficitária da concessão, ela pode funcionar também como fim autônomo à utilização do modelo. Isto é: a concessão patrocinada pode configurar instrumento de calibragem dos riscos envolvidos em projetos concessórios, independentemente de sua condição de auto-sustentabilidade (mínima) financeira. Um projeto pode caracterizar-se como auto-sustentável com a absorção de certos níveis de risco e ser reconduzido a uma concessão patrocinada com o objetivo de mitigação dos riscos envolvidos, buscando-se composições mais interessantes do ponto de vista da economicidade, por exemplo³⁶⁸. Trata-se de reconhecer o cunho meramente instrumental da

³⁶⁷ Ver item 5.3 deste Capítulo.

³⁶⁸ ANA MARIA JUAN LOZANO e JESÚS RODRÍGUEZ MARQUES assinalam, a propósito do modelo espanhol de concessão de obras públicas, que a legislação introduziu naquele país mecanismos de moderação do risco, prevendo-se a possibilidade de estabelecer limites mínimos e máximos de uso da infra-estrutura e, assim, de rendimentos, cujo extravasamento pode dar lugar a revisões tarifárias. Assim, a alteração das condições da concessão pode produzir-se em um duplo sentido: atração da iniciativa privada e tutela dos usuários. *La Colaboración Público-Privada en La Financiación de las Infraestructuras y Servicios Públicos. Una Aproximación desde los Principios Jurídico-Financieros*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. 2006, p. 61.

concessão patrocinada relativamente às soluções financeiras que podem ser engendradas na concepção de projetos estruturantes.

Quanto a esse ponto, entendo que seja relevante aclarar a inexistência de vedação constitucional acerca da possibilidade das concessões a partir de riscos mitigados por ações interventivas (regulatórias ou contratuais) do Poder Público. Nada há no texto constitucional que imponha uma específica modelagem jurídica às concessões exigente da transferência de certo nível de riscos ao concessionário.³⁶⁹ Entender assim é acolher uma noção pré-jurídica (e pré-constitucional) de concessão, tirada da tradição doutrinária. Não é possível, então – e como lucidamente alerta ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO -, “admitir que o Constituinte tenha engessado de tal maneira o Legislador, a ponto de colocá-lo sempre atrelado a uma definição doutrinária tradicional de concessão, indiferente a todas as enormes mudanças sociais, econômicas e políticas verificadas após 05 de outubro de 1988”³⁷⁰. Ademais e como já referi atrás, seria excessivo supor que matéria dessa natureza (configuração de tipo contratual) estivesse alçada ao nível constitucional (ainda que a nossa Carta seja pródiga em excessos de regulação sobre temas que melhor estariam a cargo do legislador infraconstitucional). Mas o fato é que a suposição de que a concessão obrigatoriamente deve importar na transferência de certa medida de riscos ao concessionário não é inferida da Constituição.

O mesmo se poderia dizer acerca do direito infra-constitucional. A Lei n. 11079/2004 não exigiu que a concessão patrocinada importe necessariamente num deslocamento máximo de riscos à esfera do concessionário, considerada a delimitação financeira da participação do Poder Público na receita do concessionário. É verdade que os programas de parceria público-privada devem, a teor desta Lei, obedecer, por exemplo, a diretrizes de eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade, e de sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos (incisos I e VII do art. 4º). Mas isso não impede – e nem poderia impedir – a autonomia administrativa e política dos governos em realizar políticas alocativas pressupostas à estruturação de um ajuste desta natureza, ou a realizar a opção, por exemplo, entre cobrar ou não cobrar tarifa de certa categoria de usuários (ou de toda a totalidade de usuários). Estas decisões,

³⁶⁹ A criação legislativa da concessão administrativa, aliás, a prevalecer-se constitucional, se não sepulta relativiza essa idéia.

³⁷⁰ *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 672.

de cunho eminentemente político, podem refletir na modulação de risco das concessões nos casos concretos.

O afirmado acima importa, ainda, recusar um raciocínio que vem sendo formulado a propósito da *subsidiariedade* do modelo da concessão comum relativamente à concessão patrocinada (e desta relativamente à concessão administrativa³⁷¹). Tem-se reconhecido (na doutrina) uma espécie de dever jurídico em tese pela precedência da concessão comum relativamente à concessão patrocinada na escolha dos modelos concessórios pela Administração. O raciocínio se funda na pressuposição de que se a concessão comum dispensa contraprestações pecuniárias do Poder Público, havendo viabilidade econômico-financeira (do ponto de vista da suficiência da arrecadação tarifária + outras fontes de financiamento) para a aplicação desta espécie, seria ineficiente e anti-econômico a adoção da concessão patrocinada.

Esse raciocínio apresenta duas ordens de defeitos. De um lado, incorre numa excessiva simplificação acerca da configuração (prática) dos processos de concessão, absorvendo numa análise pura e teoricamente econômica uma série de aspectos relevantes a ditar a estruturação da concessão. Há aspectos diversos, anteriores à delimitação da questão econômico-financeira envolvida na concepção da PPP, que pautarão a opção por uma concessão comum, por uma concessão patrocinada ou por uma concessão administrativa. Suponha-se hipótese em que uma concessão idealmente projetada apresente-se econômica e financeiramente auto-suficiente. Mas um interesse social relevante conduza a Administração a produzir o encurtamento de certos prazos, acelerando a execução de obras essenciais. Como resultado, surge a necessidade de reconduzir o ajuste à formatação da concessão patrocinada – ainda que idealmente e sob o prisma econômico-financeiro a concessão comum fosse viável -, uma vez que o encurtamento do prazo gera efeitos diretos na equação econômico-financeira do

³⁷¹ Relativamente à concessão administrativa, deve-se observar que esse modelo (sob um ângulo financeiro) não importa necessariamente em oneração dos cofres públicos para o custeio do contrato. Figure-se a hipótese de uma concessão administrativa firmada por uma empresa estatal encarregada da concessão de serviço público tarifado, em que se encarrega um parceiro privado da prestação do serviço a partir de remuneração provida da cessão de recebíveis tarifários. O caso retrata o uso da concessão administrativa puramente como uma espécie de instrumento de gestão do serviço, como via à terceirização, mas sem o comprometimento de recursos públicos. Outro exemplo semelhante que poderia ser lembrado está na concessão administrativa de serviço público divisível remunerada pelo repasse de receitas públicas advindas do pagamento de taxas (à Administração) pelos usuários.

contrato. O exemplo retrata a relatividade do raciocínio acerca da prevalência (sob o ângulo econômico-financeiro) pelo modelo da concessão comum. Outros exemplos poderiam ser lembrados para ilustrar o raciocínio.

Por outro lado, a tese pressupõe a absolutização de certas concepções econômicas a informar as escolhas entre os modelos contratuais ou quanto ao modo de configuração destes ajustes. Por vezes, a fixação de certa garantia de rendimento mínimo (o que atrai o modelo da concessão patrocinada), por exemplo, pode gerar propostas que se revelem concretamente muito mais interessantes e vantajosas para a Administração do que aquelas que poderiam resultar de ajustes desprovidos desta condição (concessão comum). Há uma pluralidade de concepções econômicas que podem ser alternativamente adotadas pelo administrador a informar a estruturação destes ajustes.³⁷² Não houve uma determinação legislativa acerca da concepção econômica que deve orientar essas configurações, mas apenas a exigência de que os programas de parcerias sejam precedidos de uma suficiente demonstração quanto ao cumprimento das diretrizes de eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade, e de sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos (incisos I e VII do art. 4.^o).

O que se vê então é que o exame da vocação concessão patrocinada não pode desconsiderar uma série de aspectos envolvidos no exercício da discricionariedade técnica da Administração. Além de premissas puramente econômicas que informarão a escolha da via e estruturação do ajuste, há escolhas políticas que são exercidas pelo administrador, as quais pressupõem escolhas alocativas. É preciso, por isso, compreender a concessão patrocinada também como um instrumento de políticas públicas.

³⁷² Refira-se, ilustrativamente, à diferença entre uma lógica econômica que pautou a exegese a propósito do tratamento da equação econômico-financeira do contrato administrativo (art. 65 da Lei n.^o 8666/93), que acolhe a atribuição dos riscos extraordinários à Administração, amparada na redução dos custos transacionais, e a concepção que informou a possibilidade de pactuação acerca da distribuição de riscos no modelo das PPPs, fundada na pressuposição de que cada um deve arcar com os riscos que melhor condição tem para administrar.

3.1 A CONCESSÃO PATROCINADA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Decidir sobre hipóteses de custeio do serviço público pressupõe a adoção de certa política pública alocativa. A utilização do modelo concessório em si, comparativamente ao sistema de prestação direta (o que inclui a prestação do serviço público por empresas estatais), já importa a opção pelo deslocamento da fonte financiadora do serviço da sociedade em geral aos usuários do serviço. Sob o ângulo da arrecadação, confronta-se a hipótese em que os recursos são extraídos da população em geral - o que se faz primordialmente pela arrecadação de impostos, que, em certa medida, é marcada pelo princípio da capacidade contributiva -, à situação de se financiar o serviço pela contribuição dos usuários.

Essas escolhas retratam o exercício de políticas alocativas. Evoluir na configuração de um projeto de concessão pressupõe uma série de enfrentamentos relacionados com essas questões. A opção pela técnica concessória depende da instituição de políticas tarifárias, o que passa pela implementação de políticas públicas voltadas à socialização e à racionalização do serviço público. Na complexidade da estrutura tarifária do serviço público pode estar o uso de tarifação extrafiscal destinada a ampliar o acesso do serviço à população mais carente (tarifas sociais) ou a regular o uso de bens escassos envolvidos na prestação (tarifas regulatórias). Essas escolhas estarão tecnicamente relacionadas com a própria programação econômico-financeira da concessão.

Sob esse enfoque, o surgimento da concessão patrocinada importa propiciar a integração de recursos públicos a suprir deficiências de auto-sustentabilidade de projetos de interesse coletivo, eventualmente decorrentes de certa política tarifária. Um meio a solucionar o subsídio à tarifação social, assim, pode estar na adoção do modelo da concessão patrocinada.

Avançar nesta abordagem traz à tona o problema da distribuição do ônus subjacente à prestação do serviço público.

3.1.1 Uma Questão Pressuposta: a Distribuição do Ônus do Custeio do Serviço Público

É evidente que a opção pela concessão patrocinada envolve um enfrentamento prévio acerca da escolha dos encarregados pelo financiamento do serviço público. Optar pela concessão patrocinada como via a preencher as deficiências de financiamento do serviço público é reputar que parte dos encargos destinados a custear o serviço público será suportada pela coletividade em geral (usuários + não-usuários) – em complementação à outra parte custeada pelos usuários do serviço.

De um ponto de vista da origem dos recursos necessários ao custeio das prestações de serviço público, tem-se que ora aquele será distribuído internamente no conjunto de usuários do serviço, ora será distribuído por toda a coletividade (o que pressupõe uma arrecadação em parte marcada pela capacidade contributiva e pela progressividade), ora será repartido entre coletividade e conjunto de usuários. Trata-se de um ponto de enorme relevância a ser bem compreendido previamente à utilização dos modelos concessórios.

Num sistema de prestação direta pelo Estado, em que o serviço é realizado sem custo para o usuário – modalidade ainda praticada em certos setores - as despesas com o serviço público são arcadas pelas receitas gerais advinda da arrecadação de tributos e de outras fontes de renda pública. Lembra-se que, como já anotou ALIOMAR BALEEIRO, com vistas a auferir o dinheiro necessário à despesa pública, “os Governos, pelo tempo afora, socorrem-se de uns poucos meios universais: (a) realizam extorsões sobre outros povos ou deles recebem doações voluntárias; (b) recolhem as rendas produzidas pelos bens e empresas do Estado; (c) exigem coativamente tributos ou penalidades; (d) tomam ou forçam empréstimos; (e) fabricam dinheiro metálico ou de papel”³⁷³. Pode-se dizer que parcela relevante da arrecadação estatal reside nas chamadas *receitas derivadas* (tributos e multas)³⁷⁴. E, neste universo, a grande fatia da receita provém da arrecadação decorrente dos tributos - e, em especial, dos impostos³⁷⁵.

³⁷³ *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 125.

³⁷⁴ As receitas originárias seriam aquelas que resultam da atuação estatal na exploração de atividade econômica, enquanto as receitas derivadas compreenderiam aquelas decorrentes do exercício do *ius imperi*. Configuram exemplos de receitas públicas originárias – diz JOSÉ MARCELO

Nesta hipótese, toda a coletividade é responsável pelo custeio da prestação do serviço público: usuários e não-usuários.

Sob um prisma econômico, a hipótese pelo custeio do serviço público por receitas gerais advindas (também e principalmente) de impostos retrata a transferência de riqueza dos não-usuários para os usuários, uma vez que só esses contribuem para o consumo do serviço público. Desse modo, os não-usuários passam a financiar o custeio do serviço público sem usufruir de seu consumo. Sendo o uso da infra-estrutura um fato econômico, presuntivo de riqueza, é certo que seu custeio exclusivamente por receitas gerais importa na transferência de riqueza dos não-usuários aos usuários.

Um outro ângulo que pode ser apontado, ainda a propósito de uma leitura econômica acerca da distribuição do ônus do financiamento do serviço público, considerada a sua fonte de custeio como proveniente primordialmente da arrecadação de impostos, está na re-distribuição de riquezas operada pelo sistema da prestação direta dos serviços públicos, transferindo-se riqueza dos mais ricos para os mais pobres. Na observação de MARÇAL JUSTEN FILHO, “o serviço público gratuito é suportado por meio de valores extraídos compulsoriamente dos segmentos da população titulares de maior riqueza”³⁷⁶.

Esse efeito é tanto maior quanto se considere um sistema fiscal cuja força arrecadatória esteja pautada pela capacidade econômica ou contributiva do contribuinte, contaminada ainda pela técnica da progressividade (cumprindo-se uma noção de “finanças funcionais”³⁷⁷). Desgraçadamente, essa não é realidade jurídica brasileira, que tem prestigiado a tributação indireta, produzindo-se a regressividade do sistema fiscal. Assim e como comenta MARCIANO SEABRA DE GODOI, “o peso maior

MARTINS PROENÇA – “o preço público, os dividendos de ações de propriedade do Estado. Como receitas públicas derivadas podem ser citados os tributos e as multas”. “Impostos, Taxas e Contribuições como Fontes de Receitas da Administração”. In *Curso de Direito Administrativo Econômico* (org. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, JOÃO EDUARDO LOPES QUEIROZ e MÂRCIA WALKÍRIA BATRISTA DOS SANTOS, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 516.

³⁷⁵ Segundo informações da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2005.pdf>), o Imposto de Renda (IR) e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) responderam por 18,27% e 21,38%, respectivamente, da arrecadação tributária em 2005.

³⁷⁶ *Teoria geral...*, p. 70.

³⁷⁷ Veja-se, a propósito da evolução da noção liberal de finanças neutras para o acolhimento da idéia de “finanças funcionais” em estudo sobre a Constituição italiana, SACCHETTO, Cláudio. “O Dever de Solidariedade no Direito Tributário: o Ordenamento Italiano”, In *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 26.

dado à tributação indireta provoca a inevitável regressividade do sistema fiscal brasileiro (os contribuintes com menor rendimento arcam com ônus proporcionalmente muito maiores do que os ônus impostos aos contribuintes com maior rendimento)³⁷⁸.

De todo o modo, mesmo num sistema que se poderia dizer marcado pela regressividade, não se ignora que a prestação direta produz o trânsito de riqueza dos mais ricos para os menos favorecidos, uma vez que receitas fiscais arrecadadas em alguma medida de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes são aplicadas na geração e disponibilização igualitária de serviços públicos aos usuários em geral.

Já quando o Estado opta pela prestação indireta através do modelo concessório comum, promove, do ponto de vista econômico, a desoneração dos não-usuários, concentrando no conjunto dos usuários a fonte de custeio da prestação do serviço público. O regime tarifário funciona baseado no princípio da utilização e do benefício, onerando-se, segundo uma conotação ideal, aquele que efetivamente usa do serviço público e na medida que o faz.

Há então uma diferença na concepção que orienta o modelo concessório relativamente ao custeio do serviço público pelas receitas gerais, que se retrata na substituição do princípio da solidariedade pelo princípio do benefício ou da retribuição. Num sistema em que o custeio provém de fontes de receita marcadas pela capacidade contributiva da população (e em certa medida pela técnica da progressividade), prestigia-se a solidariedade, quando os recursos que financiam o serviço público são extraídos dos segmentos da população titulares de maior riqueza. E essa solidariedade será tanto mais acentuada na medida em que a arrecadação fiscal, que responde por expressiva parcela dos recursos que compõem as receitas gerais do Estado, esteja marcada pela técnica da progressividade. Já o modelo de prestação indireta a partir do custeio de tarifas pagas pelos usuários (assim como se passa com o modelo tributário das taxas) arrima-se no princípio da utilização/benefício, seguindo a lógica de que o ônus pelo custeio do serviço público

³⁷⁸ “Tributo e Solidariedade Social”, *In Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 162. E prossegue o autor aduzindo que: “se no âmbito do IRPF o ônus mais pesado recai sobre os altos assalariados que têm reduzidas possibilidades de deduções familiares, no âmbito da majoritária tributação indireta (impostos e contribuições sobre o consumo), o ônus mais pesado recai sobre os contribuintes menos favorecidos que consomem toda sua renda”. No mesmo sentido é a observação de JUSTEN FILHO. *Teoria Geral ...*, p. 70.

deve recair sobre aqueles que efetivamente usam o serviço público e contribuem para o seu consumo. Deverão arcar com os custos do serviço público, nesta lógica, aqueles que o consomem e na proporção que o fazem.

Mas a grande maioria dos serviços públicos de prestação individualizável – excluindo-se aqueles a que a Constituição reservou a prestação estatal sob regime de gratuidade, como os serviços sociais (ou serviços públicos sociais) – submete-se ao princípio do benefício, ora remunerados pela instituição de taxas, ora pela cobrança de tarifas ante a aplicação do modelo concessório. Isso porque os recursos estatais – arrecadados pela cobrança de impostos e por outras vias – são insuficientes ao custeio de todas as prestações de serviço público. O oferecimento generalizado de prestações de utilidade pública (divisíveis, inclusive) sem custo aos usuários esbarraria na sua impraticabilidade ante a inexistência de receitas públicas suficientes ao seu custeio. Alude-se então à *reserva do possível*, como o reconhecimento de que os recursos públicos são escassos e insuficientes a garantir todos os direitos e a custear todas as prestações estatais em benefício da comunidade.

Isso não significa que determinados serviços públicos não possam ser integralmente ou parcialmente financiados pelo Poder Público. Essa opção, contudo, deve pressupor uma pauta de prioridades destinada à realização de políticas alocativas. Usa-se defender, neste domínio, que a gratuidade ou a redução no preço de certos serviços, financiados por recursos públicos, devem ser reservados a prestações de caráter essencial endereçadas a parcelas da população desprovidas de capacidade econômica.

3.1.3 A Concessão Patrocinada como Instrumento de Financiamento da Socialização do Serviço Público

Com visto acima, o modelo da concessão patrocinada pode significar novas alternativas de financiamento do serviço público, suprimindo deficiências de projetos economicamente inviáveis. Uma das razões que pode conduzir a tanto é a opção pela isenção ou redução tarifária a certos grupos desprovidos de poder aquisitivo.

Trata-se da aplicação de *tarifas sociais*³⁷⁹ que, integradas no bojo da estruturação tarifária da concessão, já afastadas outras possibilidades de subsídios, tornam o projeto concessório deficitário. Nesta situação, a concessão patrocinada pode ser um instrumento ao financiamento da socialização do serviço público.³⁸⁰

O subsídio às tarifas sociais pode advir de dentro da estruturação tarifária e remuneratória (já computadas as fontes acessórias de financiamento) da concessão, operando-se internamente ao sistema concessório, ou pode advir de fontes externas, o que se faz pela adição de recursos públicos.

3.1.2.1 O Subsídio internalizado na concessão

No primeiro caso, o subsídio à tarifação social pode extrair-se (1) de receitas geradas por tarifas regulatórias e (2) da oneração tarifária a certos grupos de usuários.

As tarifas regulatórias, por estarem proporcionalmente desconectadas da referência da *tarifa técnica* (considerado o custo unitário de realização do serviço público), são aptas a produzir receita adicional, que poderá ser reconduzida ao financiamento da isenção ou redução tarifária dos mais carentes. Opera-se um subsídio interno à concessão, que se organiza de modo a onerar, a partir do recurso da extrafiscalidade com finalidade regulatória, comportamentos coibidos pela regulação do serviço público, pressupondo-se o uso economicamente adequado dos bens e recursos utilizados na prestação do serviço público. Assim, a oneração tarifária proveniente, por exemplo, do consumo de energia em horários de pico servirá a custear as tarifas reduzidas oferecidas às camadas da população mais carente³⁸¹.

Um modelo desta natureza cumpriria dupla função: por um lado, o agravamento da tarifa em certas situações funciona como fator regulatório do comportamento do usuário pelo recurso à extrafiscalidade, gerando excesso de receita (relativamente ao nível da tarifa técnica); por outro, o excedente oriundo da

³⁷⁹ Ver item 5.6.3 do Capítulo II desta Parte (II).

³⁸⁰ É evidente que subjacentemente ao uso deste modelo como instrumento do financiamento estatal do custo socializante do serviço público está uma decisão sobre política alocativa.

³⁸¹ Ver item 5.6.4 do Capítulo II deste Parte (II).

política regulatória extrafiscal cumpre um papel de fonte financiadora da socialização do serviço público³⁸².

Outra hipótese de financiamento interno à concessão, que pode ser conjuntamente aplicado ao subsídio das tarifas regulatórias, é o recurso à estratificação tarifária segundo a capacidade contributiva dos usuários. A viabilidade da hipótese no direito brasileiro funda-se na prescrição do artigo 13 da Lei n. 8987/95. Neste caso, a contribuição pelos usuários está proporcionada à sua capacidade econômica: as classes de usuários com maior capacidade contributiva responsabilizam-se pela maior parcela do financiamento do serviço público. O déficit relativo à redução ou isenção tarifária aplicadas a certos grupos mais carentes é financiado pela elevação (para além do que seria a tarifa técnica) das tarifas aplicáveis a classes dotadas de maior riqueza.

A solução aventada passa pela demarcação de limites de contribuição a classes de usuários, traçados para além (ou para aquém) do que seria o custo técnico-unitário do serviço público, isto é: do valor ideal da tarifa técnica. Cogita-se então de um sobrepreço que é extraído de usuários dotados de maior capacidade econômica carreando-o ao financiamento da prestação do serviço aos grupos mais carentes.

A hipótese da instituição de tarifas marcadas pela capacidade contributiva não é rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal. Já se admitiu, em caso que versava acerca da aplicação de taxas referenciadas pela capacidade contributiva dos destinatários de poder de polícia, a constitucionalidade da hipótese.³⁸³ O

³⁸² Um modelo com configuração semelhante foi adotado pelo Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica, implementado pela medida provisória 2.152 de 2001 e suas respectivas reedições. A normativa foi, inclusive, objeto de ação declaratória de constitucionalidade, julgada procedente (por maioria de votos) pelo Supremo Tribunal Federal. Na ementa do acórdão, consignou-se que “O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal”. Ação declaratória de constitucionalidade n. 9-6, julgada procedente por maioria de votos pelo Tribunal Pleno (Min. Néri da Silveira), em 13 de dezembro de 2001.

³⁸³ Note-se que a constitucionalidade de se referenciar a cobrança de *taxas* pela capacidade contributiva já foi acolhida pelo STF. Como se depreende do voto do Ministro-Relator Gilmar Mendes, na ADIN n. 453/DF (que discutiu a inconstitucionalidade da Lei nº 7940/89, alegando-se cobrança

entendimento pode ser extensível aos casos de tarifas fixadas na conformidade da capacidade contributiva dos usuários³⁸⁴.

Mas esse modelo pode suscitar dúvidas, na medida em que faça pesar sobre certos usuários o financiamento da socialização (e da universalização) do serviço público. Trata-se de sustentar que o ônus social da redistribuição de riquezas à guisa de financiamento de prestações essenciais aos mais carentes deve ser distribuída por toda a coletividade, segundo um princípio de igualdade na repartição dos encargos sociais³⁸⁵. Ao demarcar a certos grupos de usuários a fonte financiadora da socialização do serviço público, desequilibra-se a relação de equidade que deve orientar a distribuição dos ônus sociais.

É neste sentido que se afirma que os custos irrecuperáveis de uma concessão, provocados pelo déficit oriundo de políticas de socialização do serviço público, devem, por princípio, ser financiados a partir de subsídios do Poder Público.

irregular da Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Imobiliários, suscitando-se, dentre outros argumentos, ofensa à isonomia, porque não se estaria considerando a potencialidade patrimonial de cada um dos contadores): “No caso da Taxa de Fiscalização da CVM, a variação dos valores lançados não só reflete à capacidade contributiva do interessado, bem como espelha a quantidade necessária de serviço público dispensado, *uti singuli*, e que deve ser remunerado na exata proporção do trabalho de fiscalização efetivado. (...) Na medida em que as tabelas razoavelmente dividem os contribuintes, respeitando as respectivas capacidades contributivas, com referência no patrimônio líquido (Tabela A), no modelo de serviços prestados (Tabela B), bem como no número de estabelecimentos do contribuinte (Tabela C), não há se falar em desrespeito à isonomia. A flutuação dos valores cobrados deriva da amplitude do patrimônio líquido do contribuinte, o que identifica uma maior necessidade de fiscalização. Em outras palavras, na medida em que maior o patrimônio líquido do fiscalizado, e conseqüentemente maior a taxa cobrada, evidencia-se uma também maior necessidade do exercício do poder de fiscalização” (julgada improcedente por unanimidade de votos em 30/08/2006)”.

Vale notar, entretanto, que o julgado não aborda o problema sob o prisma financeiro, isto é: avaliando-se se juridicamente viável seria a adoção do pagamento de preços à prestação de serviço público atrelados à capacidade contributiva mas eventualmente extravasando os limites do custo unitário do serviço (tarifa técnica).

³⁸⁴ Lembre-se que há no direito brasileiro hipóteses de vedação à prática de subsídios internalizados na concessão, particularmente entre modalidade de serviços e segmentos de usuários. Consoante estabelece a Lei Geral de Telecomunicações, no parágrafo 2.º do art. 103: “são vedados os subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários...”. Mas o art. 81 da mesma Lei ressalva a previsão quanto à criação de um fundo com finalidade de custear a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, possibilitando que subsídios internos sejam praticados até que seja criado referido fundo – o que se operou com a edição da Lei n. 9998/2000, que criou o Fust – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações. Vale observar, contudo, que, ao prever que o fundo será alimentado por contribuições das prestadoras, a LGT passa a admitir indiretamente o financiamento da universalização pela prática de subsídios cruzados entre segmentos de usuários, uma vez que este custo será, de algum modo, transferido para as tarifas e preços cobrados do usuário/consumidor.

³⁸⁵ O raciocínio não se aplica, obviamente e como pontua JUSTEN FILHO, quando a essencialidade do serviço é tão significativa que todos os cidadãos são também usuários. *Teoria Geral...*, p. 377.

Quando assim for, haverá a repartição dos encargos sociais por toda a coletividade, sendo, daí, por esta via, melhor distribuído o custo da solidariedade.

Outra dificuldade marcante na hipótese consiste na *dificuldade prática* em se *operar* a oneração tarifária a certos grupos com base em sua *capacidade contributiva*. Transferir o custo da socialização do serviço público (da isenção ou da redução tarifária às classes mais carentes) ao valor das tarifas não necessariamente importaria no financiamento do serviço público de acordo com a capacidade contributiva dos usuários. Uma distorção evidente – observa JUSTEN FILHO – está em que o consumo mais intenso do serviço público significaria a assunção de encargos mais elevados em relação aos mais carentes. “Eventualmente, o consumo mais elevado não retrata maior capacidade contributiva, mas deriva de necessidades mais intensas”³⁸⁶.

É problemático, portanto, pretender vincular a extração de recursos excedentes de tarifas redistributivas à capacidade contributiva dos usuários. Eventualmente, outras circunstâncias influirão e prevalecerão no funcionamento da arrecadação tarifária. Assim, a redistribuição de riquezas operada com o mecanismo não estaria rigorosamente proporcionada à capacidade contributiva dos usuários, mas se veria informada por fatores desinteressados e desvinculados desta.

Não se perca, também, que uma limitação objetável à hipótese de subsídio cruzado entre categorias de usuários poderia residir na inconstitucionalidade da extração de recursos para além do custo unitário do serviço público. O raciocínio repousa sobre a exclusividade da via tributária como mecanismo de extrair recursos da população desconectados do consumo ou do benefício percebido pela utilização do serviço público³⁸⁷. Tal como alertado por GUIMARÃES PEREIRA, “um usuário das

³⁸⁶ *Teoria Geral...*, p. 377.

³⁸⁷ Vale referir, nesta linha, a ação direta de inconstitucionalidade n. 2693 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que versa sobre a constitucionalidade do art. 1.º e parágrafos da Lei n. 10438/2002. Os dispositivos questionados criam o *adicional tarifário específico*, com finalidade de rateio de custos relativos à aquisição de energia elétrica e à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE entre classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado. A ação está em tramitação perante o STF e tem a Relatoria do Min. Lewandowski. Sustenta a ação tratar-se o adicional tarifário, de fato, de tributo, por constituir-se em prestação pecuniária compulsória. Dado que não se reconduz às noções de taxa – porque não se presta a remunerar o serviço público –, nem de contribuição de melhoria, contribuição social de intervenção no domínio econômico e de interesses das categorias profissionais ou econômicas, afigura-se como imposto – alega-se na ação.

A questão já foi apreciada pelo Tribunal Regional da Quarta Região. Acórdão julgado (por maioria) pela Corte Especial deste Tribunal entendeu ter o adicional tarifário a natureza jurídica

categorias atingidas pela tarifa redistributiva poderia invocar o seu direito fundamental de ter a sua capacidade contributiva afetada apenas pelos instrumentos previstos na Constituição (impostos nominados, instituídos por lei não-retroativa e que obedeça a anterioridade, ou impostos nominados criados por lei complementar da União)”³⁸⁸.

Aduz-se então que a oneração tarifária para além do custo da tarifa técnica importaria em mecanismo de arrecadação com função de custeio de providências a cargo do Estado. Considerada, ainda, a prática em serviços de fruição compulsória (admitindo-se - como admito - juridicamente possível a aplicação do modelo concessório a serviços de fruição compulsória), a hipótese retrataria (sob um ângulo prático) a arrecadação forçada de valores para custeio de despesas atribuíveis ao Estado. A prática incorre em via indireta para alcançar efeitos que seriam próprios da tributação.

É válido aludir, neste particular, à experiência legislativa francesa sobre o tema que, acolhendo a hipótese de tarifas diferenciadas entre classes de usuários, em face do seu nível de renda, assim como do número de pessoas vivendo em domicílio, afastou a alternativa do financiamento internamente subsidiado da

de *tarifa* (afastando a alegação de que aquele caracterizar-se-ia como tributo): “Apelação em mandado de segurança. Arguição de inconstitucionalidade do caput e §§ 1º e 2º do artigo 1º da lei nº 10.438/2002. encargo de capacidade emergencial (ece). encargo de aquisição de energia elétrica emergencial (eae). natureza jurídica de tarifa. não-compulsoriedade. 1 - A exploração de energia elétrica compete à União, diretamente ou mediante autorização, concessão e permissão (CF, art. 21, XII), a ser remunerada mediante tarifa, contratualmente, de conformidade com a política formulada pela Administração (CF, art. 175, parágrafo único, I e II), quando não prestada/fornecida diretamente. 2 - O denominado Sistema Elétrico Interligado Nacional é composto por agentes atuando em três etapas distintas (geração, transmissão e distribuição), todas remuneradas pelo preço pago pelo consumidor final ao distribuidor, que repassa os valores correspondentes às demais concessionárias ou autorizadas. 3 - Conforme entendimento assente do Superior Tribunal de Justiça, “a remuneração pelo fornecimento de energia elétrica constitui preço público, não constituindo imposto, taxa ou contribuição (...)” (2ª Turma, REsp nº 8570/91, Min. José de Jesus Filho, unânime, DJU de 13.12.93). 4 - O fato de eventualmente possuir fração que se reporta às despesas com aquisição emergencial de energia de produtores independentes não desnatura a tarifa, porque é igualmente preço o que a ela venha a ser acrescido segundo a política própria. 5 - Sendo a capacidade de geração um componente do Sistema, de responsabilidade dos agentes respectivos e a ser remunerado por tarifa, não haveria como concluir, sob o argumento da inexistência de prestação de serviço público, que um adicional a esse serviço, como o encargo de capacidade emergencial, não deva ser remunerado por *sobretarifa* ou adicional. 6 - “(...) o serviço de eletricidade é prestado pelo Estado ou por concessionário dele, mas não é compulsório, porque se alguém quiser não usar dele (preferir usar de fogão a carvão ou a gás engarrafado, e iluminar-se com vela ou lampião) não está obrigado a valer-se desse serviço e, portanto, não está obrigado a pagar por ele” (RE nº 89.876, STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 04-07-1980). Ausente a compulsoriedade, não há como pretender identificar tarifa com tributo. 7 – Constitucionalidade reconhecida.” (AMS Nº 2002.72.05.002803-3/SC, Relator para o acórdão Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, maioria, DJU 08-9-2004).

³⁸⁸ “O processo licitatório das PPPs...”, p. 212.

prestação, ao limitar os valores mais elevados ao custo por usuário da prestação (art. 147 da “Loi d’orientation relative à la lutte contre les exclusions”)³⁸⁹. Sendo assim, as tarifas mais elevadas, limitadas que estão ao custo unitário do serviço, não funcionariam como meio de financiar as tarifas mais acessíveis ou sociais. O meio provável a tornar viáveis a prestação assim concebida, esgotadas outras vias menos onerosas de financiamento, está no subsídio do Poder Público³⁹⁰.

Portanto, se é certo ser admitido no direito brasileiro a adoção do modelo de financiamento concessório que passa pela demarcação da capacidade contributiva dos usuários (art. 13, Lei n. 8987/95) – sendo acolhida a alternativa pela jurisprudência do STF -, uma questão em aberto reside na hipótese de cobrança tarifária para além do valor da tarifa técnica. A prevalecer o entendimento acerca da impossibilidade de extravasamento dos parâmetros da tarifa técnica, só subsistirá a solução pela integração de subsídios do Poder Público como meio a financiar o serviço público deficitário.

Parece-me inexistir na Constituição óbice à adoção de solução desta ordem. Recuso o entendimento de que a hipótese caracterizaria via à tributação indireta, uma vez que sobreprecificar o serviço público a certas categorias de usuários com finalidade de custear a socialização de sua prestação seria cumprir função de redistribuição de riqueza (pela via da apropriação da riqueza privada), o que só poderia ser alcançado pela tributação. Talvez a via do subsídio estatal seja, em muitos casos, de maior conveniência e adequação, especialmente por promover a repartição do ônus social decorrente por toda a coletividade. Mas não entendo proscritas as opções de subsidiar a tarifa social total ou parcialmente por recursos carreados do excesso de tarifação imposto a certos grupos de usuários (relativamente à tarifa técnica). Esta é uma escolha que cabe ao legislador infraconstitucional. O único balizamento constitucional à hipótese residiria na modicidade tarifária, que deve ser garantida aos usuários na conformidade de sua

³⁸⁹ “Les tarifs des services publics administratifs à caractère facultatif peuvent être fixés en fonction du niveau du revenu des usagers et du nombre de personnes vivant au foyer ; Les droits les plus élevés ainsi fixés ne peuvent être supérieurs au coût par usager de la prestation concernée; Les taux ainsi fixés ne font pas obstacle à l’égal accès de tous les usagers au service”.

³⁹⁰ O caso é também lembrado por CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA, que conclui: “Adotando-se essa orientação como parâmetro, não haveria transferência de recursos de certos usuários para outros, pois nenhum deles entregaria ao prestador mais do que parcela que lhe tocava do custo do serviço. Apenas se proscreveria que algum usuário, sujeito a tarifa mais elevada, pretendesse equiparação com os pagantes de tarifas mais baixas”. Usuários..., p. 374.

relatividade (por tratar-se de um conceito relacional), isto é: na proporção de sua capacidade econômica (o que poderá, inclusive, supor um critério de progressividade na tarifação).

Uma abordagem do problema deve pressupor dois ângulos de análise:

- (a) a possibilidade de onerar o usuário para além do limite fixado pela tarifa técnica;
- (b) a finalidade pressuposta à utilização dos recursos excedentes.

Quanto ao primeiro aspecto, não vejo óbice jurídico a que o usuário possa ser onerado para além da parametrização da tarifa técnica. Desde que esse excedente mantenha-se internalizado na concessão, consiste num modo juridicamente possível de organizar e estratificar o sistema tarifário, com espeque no artigo 13 da Lei n. 8987/95. A hipótese da tarifação extrafiscal com fins regulatórios é admitida amplamente pela doutrina e jurisprudência nacional. Lembre-se que o assunto já restou enfrentado pelo STF³⁹¹. Pois é da vocação desta espécie de tarifação a oneração dos usuários em níveis que extrapolam o patamar da tarifa técnica (quando tenha por finalidade desestimular o consumo de certas utilidades essenciais).

No que toca ao aspecto finalístico ou funcional ao mecanismo da sobreprecificação, poder-se-ia argumentar com o fato de que os usuários cuja situação econômica teria sido agravada pela medida estariam financiando despesas próprias do custeio estatal, as quais deveriam ser custeadas por toda a coletividade, o que importaria em desafiar o *princípio da repartição igualitária dos ônus sociais* e realizar finalidades próprias da tributação. Ocorre que não se pode desconsiderar o nexo que relaciona estes grupos à socialização do serviço público, sendo também usuários do mesmo serviço. O art. 175 da Constituição parece reservar poderes ao poder Público para o exercício de escolhas desta natureza, atribuindo-lhe competências para conformação de políticas tarifárias. Nada impedirá, então, ao Estado a oneração a certas categorias de usuários com vistas ao financiamento do acesso ao serviço por usuários desvalidos.

³⁹¹ A tarifação progressiva, ademais, é admitida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se colhe de julgados que versaram sobre serviços de água e esgoto. Consultem-se os julgados: AgRg no REsp 873.647-RJ, de Relatoria do Ministro Humberto Martins, j. 6.11.2007, publicado no DJ de 19.11.2007 e AgRg no REsp 815.373, 1ª T., de Relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado no DJ 24.9.2007.

3.1.2.2 Fontes externas (à concessão) de financiamento do serviço

O financiamento dos déficits na prestação do serviço público pode também operar-se por fontes externas à concessão. É o que ocorre nas hipóteses de (1) vinculação econômica da concessão a receitas alternativas e de projetos associados (art. 11 da Lei n. 8987/95); (2) fundos de financiamento do serviço público; (3) subsídios providos pelo Poder Público.

As receitas alternativas, já examinadas atrás, se traduzem na integração financeira no projeto da concessão de rendimentos oriundos da exploração associada de atividades econômicas em sentido estrito. A hipótese foi examinada atrás e consiste numa relevante ferramenta ao financiamento da socialização do serviço público.

Já os fundos de compensação tarifária são fundos constituídos a partir de recursos extraídos de contribuições dos concessionários ou de recursos provenientes do orçamento do Estado, destinados a cobrir os déficits na prestação do serviço público ocasionados pela implementação de políticas de socialização e universalização. Estes fundos poderão caracterizar-se como fontes de financiamento externas ou internas à concessão, a depender da origem dos recursos que os alimentarão. Se o fundo for constituído por contribuições dos concessionários funcionará como uma fonte de financiamento internalizada na concessão, na medida em que os déficits provocados por políticas de socialização e universalização do serviço público serão compensados com recursos provenientes dos próprios usuários (de certas classes de usuários). Ou seja: o peso econômico destas contribuições estará embutido no valor da tarifa, de modo que tais recursos serão extraídos dos próprios usuários do serviço público.

No direito brasileiro, são conhecidos os fundos setoriais de financiamento de políticas de universalização do serviço público. Vale referir ao Fust (Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações), criado pela Lei n. 9.998/2000, com finalidade de custear a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço (nos termos do que previu a Lei Geral de Telecomunicações – inciso II do

art. 81 da Lei n.º 9472/1997)³⁹². São diversas as fontes de alimentação do Fust, como previsto no seu art. 6º³⁹³. Cumpre notar, entretanto, que, ao prever, dentre as receitas do fundo, contribuições dos concessionários e preços cobrados pela Agência como condição à outorga, flagra-se uma via indireta para a transferência de recursos entre segmentos de usuários³⁹⁴ ou para a oneração tarifária em níveis além da tarifa técnica. Por isso dizer-se que, em algumas situações, o Fust pode traduzir a prática de mecanismos de financiamento internalizado na concessão.

Solução semelhante foi acolhida pela Lei n.º 11.45/2007, que estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico. O artigo 13 da Lei possibilita aos entes da Federação, isoladamente ou reunidos em consórcios públicos, a instituição de fundos, aos quais poderão ser destinadas, entre outros recursos, parcelas das receitas dos serviços, com a finalidade de custear, na conformidade do disposto nos respectivos planos de saneamento básico, a universalização dos serviços públicos de saneamento básico. Complementa, em seu parágrafo único, que os recursos destes fundos poderão ser utilizados como fontes ou garantias em operações de

³⁹² Como tem referido a doutrina, o Fust pode ser integrado nas concessões patrocinadas aplicadas a telecomunicações como um relevante instrumento de universalização dos serviços de telefonia. Diz WALTER VIEIRA CINEVIVA que “Com a definição de prioridades para aplicação de recursos do Fust, tem-se por atendida a Lei n. 11079, no que diz respeito à inserção da parceria de universalização em plano plurianual no âmbito de programas de universalização estabelecidos pelo Ministério das Comunicações (art. 10,V). Uma vez aprovada a PPP que invista recursos do Fust, tanto pelo Ministério das Comunicações (Lei do Fust, art. 2º.) quanto pelo órgão gestor das PPPs (art. 10, Lei n. 11079), caberá à Anatel implementar, acompanhar e fiscalizar a respectiva PPP (art. 4, I, Lei do Fust)”. “Parcerias Público-Privadas em Telecomunicações”, *In Parcerias Público-Privadas*. Coord. Sérgio Augusto Zampol Pavani e Rogério Emílio de Andrade. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 280 e 281).

³⁹³ Art. 6º - Constituem receitas do Fundo: I – dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais; II – cinquenta por cento dos recursos a que se referem as alíneas c, d, e e j do art. 2. da Lei n.º 5.070, de 7 de julho de 1966, com a redação dada pelo art. 51 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, até o limite máximo anual de setecentos milhões de reais; III – preço público cobrado pela Agência Nacional de Telecomunicações, como condição para a transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência, a ser pago pela concessionária, na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, nos termos da regulamentação editada pela Agência; IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; V – doações; VI – outras que lhe vierem a ser destinadas.

³⁹⁴ Curiosamente, essa solução restou explicitamente vedada pela Lei Geral de Telecomunicações, que rejeitou a prática de subsídios internalizados na concessão, particularmente entre modalidade de serviços e segmentos de usuários (parágrafo 2º. do art. 103), admitindo-a tão-somente até o advento da constituição do Fust.

crédito para financiamento dos investimentos necessários à universalização dos serviços públicos de saneamento básico.

Por fim, têm-se os subsídios diretamente providos pelo Poder Público como via ao patrocínio da socialização do serviço público. O Estado pode integrar no sistema remuneratório da concessão contraprestações pecuniárias destinadas a co-financiar as tarifas sociais. Esta será a hipótese típica da concessão patrocinada prevista pela Lei n. 11079/2004.

Como já se viu, os subsídios não são novidade em nosso Direito. Há muito que a doutrina vem acolhendo essa via como modo de possibilitar a cobertura de déficits na prestação do serviço público. Esse entendimento parece ter se disseminado após o advento da Lei n. 8987/95, apoiado em seu art. 11. Uma exegese extensiva da norma foi acolhida pela doutrina (ou por parte dela) com a finalidade de reconhecer a possibilidade jurídica para que recursos públicos fossem integrados na remuneração ao concessionário como via para, alcançando-se tarifas módicas, possibilitar a prestação do serviço público deficitário.

Sob o aspecto da distribuição dos encargos sociais decorrentes à socialização do serviço público, a solução reveste-se de melhor adequação comparativamente às vias de financiamento internalizados na concessão. Diz-se que o custeio da socialização do serviço público deve-se fazer não a partir de certos grupos de usuários, mas à conta de toda a sociedade. Essa é uma inferência do conteúdo jurídico do princípio da solidariedade.

Portanto, a concessão patrocinada configura relevante via jurídica para o financiamento da socialização do serviço público. Tal como destacado por CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA, a alternativa da concessão patrocinada, comparativamente ao custeio direto pelo Poder Público, apresenta uma importante vantagem, que reside na possibilidade de vinculação de receitas públicas ao subsídio estatal ao serviço público. Segundo o autor, o regime das PPPs pode significar uma inovação fundamental, comparativamente à opção tributária de realização da solidariedade. Ao assegurar a possibilidade de custeio total ou parcial dos serviços pelo Poder Público associado a mecanismos de vinculação de recursos públicos, a lei federal – afirma o autor – “elimina o problema fundamental existente na opção tributária de realização da solidariedade”, assegurando-se por esta via que os recursos públicos,

de origem tributária, necessários à concretização da solidariedade, atingirão efetivamente o seu destino³⁹⁵.

4 O OBJETO DA CONCESSÃO PATROCINADA

O objeto da concessão patrocinada coincide com o objeto da concessão comum, já examinado atrás. Esta modalidade concessória pressupõe delegação de serviço público pelo Poder Concedente a concessionário, que auferirá remuneração a partir der tarifas pagas pelos usuários – adicionada contraprestação pecuniária pelo Poder Público. Tal como a concessão comum, a concessão patrocinada poderá ter por objeto a concessão (exclusivamente) de serviço público ou a concessão de obra pública, associada à prestação de serviço público ou à prestação de serviços que lhe são acessórios (à obra). Assim, todas as considerações feitas acima a propósito das espécies de concessão de serviço público podem ser aproveitadas ao exame da concessão patrocinada. Desde que vinculada à concessão de serviço público ou à concessão de obra pública contraprestação pecuniária provida pelo Poder Público, configurar-se-á uma concessão patrocinada.

5. CONFIGURAÇÃO SUBJETIVA DA CONCESSÃO PATROCINADA

A concessão patrocinada, tal como ocorre na concessão comum, pressupõe um entrecruzamento de relações jurídicas relacionais, envolvendo parceiro público (poder concedente), parceiro privado (concessionário) e usuários. Além disso, estarão implicados em diversos momentos no âmbito da configuração do ajuste e de sua execução os não-usuários (a coletividade em geral). Neste particular, a concessão patrocinada não difere da concessão comum, uma vez que seu objeto envolve a delegação do serviço público, com todas as conseqüências (no que toca à participação de usuários e não-usuários) que disso decorrem (tal como referido em tópico atrás).

Além disso, a concessão patrocinada poderá envolver uma relação periférica (à concessão) entre parceiro privado e instituição financiadora do projeto do

³⁹⁵ *Usuários de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 381. Além disso, acrescenta o autor, “ao adotar o regime de concessão, a PPP incorpora as construções já existentes sobre controle social”.

empreendimento envolvido na concessão, com efeitos que alcançam o parceiro público. A instituição financiadora será aquela responsável pelo financiamento de um projeto de PPP, o que se concretizará mediante relação jurídica travada entre ela e o parceiro privado (e que obedecerá a formatação variada³⁹⁶). No âmbito de seu papel de prover o financiamento da concessão, poderá deter direitos em face do parceiro público, a partir de certas prerrogativas contratuais autorizadas pela Lei n. 11079/2004.

Lembre-se que o modelo da PPP exige que a execução da parceria se realize mediante uma sociedade de propósito específico (SPE). Diversamente da disciplina da Lei n.º 8987/95, que faculta à Administração exigir a criação de um ente independente (SPE) para a execução da concessão comum de serviço público (desde que previsto no Edital – art. 20 da Lei n. 8987/95), no regime da PPP essa solução é obrigatória. Impõe a Lei que, antes da celebração do contrato de PPP, deverá ser constituída sociedade de propósito específico incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria (art. 9.º da Lei n. 11079/2004). O objetivo da prescrição é livrar a gestão e execução do contrato de PPP da interferência de outros negócios perseguidos pelo parceiro privado e favorecer o controle mais específico sobre o desempenho da parceria. A afetação de propósito específico e exclusivo à sociedade encarregada de gerir e executar o objeto da parceria produz não só a preservação dos escopos da parceria relativamente a outros interesses e negócios eventualmente envolvidos na atuação empresarial mais abrangente do parceiro privado, como, também, favorece um controle mais específico de gestão, melhorando a transparência e o acesso (pela Administração e pelas demais instâncias de controle) às informações contábeis, financeiras etc. relacionadas ao desempenho do contrato de PPP.

A SPE poderá assumir, em princípio, qualquer forma jurídica empresarial³⁹⁷, nos termos da legislação. Poderá, inclusive e como expressamente disposto no § 2º

³⁹⁶ A participação do financiador pode realizar-se tanto mediante uma relação de empréstimo – (*debt*), como a partir da aquisição de participação acionária da SPE (*equity*), ou ainda traduzir formações mistas (*mezanine loans*). Na prática nacional, como informam MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO, a composição dos recursos financeiros para viabilizar investimentos em uma concessão “costuma ficar entre 10% e 30% de *equity* e 70% e 90% de *debt*”. *Comentários...*, p. 160.

³⁹⁷ De acordo com o disposto no art. 983 do Código Civil, são sociedades empresariais a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade limitada, a sociedade anônima, e a sociedade em comandita por ações.

do art. 9º da Lei n. 11079/2004, assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado. Nesta qualidade, assume formato que favorece o seu financiamento também a partir da comercialização de ações na bolsa de valores.

Relativamente à SPE, o agente-financiador pode valer-se de certas prerrogativas (direitos subjetivos) prescritas pela Lei (§ 2º. do art. 5º). Admite-se que o contrato preveja (i) os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus *financiadores*, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, assim como (ii) a possibilidade de emissão de empenho em nome dos *financiadores* do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública e (iii) a legitimidade dos *financiadores* do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

A instituição deste direito de assunção de controle do financiador (*step in right*) em hipótese de inadimplemento do parceiro privado (ou do *controlador*) pode ser uma ferramenta ao barateamento dos custos de financiamento (reduzindo-se os custos transacionais envolvidos na firmatura das relações entre controlador e financiador), produzindo-se, na ponta, efeitos benéficos aos usuários do serviço público.

Vê-se, então, que no âmbito de uma concessão patrocinada estarão integrados parceiro público (Poder Concedente), parceiro privado (concessionário), usuários do serviço público e financiador do projeto de PPP. O contrato de PPP funcionará como sede de regulação de direitos e deveres dos parceiros público e privado, com efeitos que alcançarão os usuários e os agentes financiadores.

5.1 O PARCEIRO PÚBLICO – QUEM PODE CELEBRAR UMA PPP

Na qualidade de parceiro público, podem celebrar parceria público-privada as pessoas políticas da federação (União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal), as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou

indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Poderão também contratar em regime de PPP entidades controladoras dos chamados “fundos especiais”, como se infere do parágrafo único do art. 1.º da Lei n. 11079/2004, assim como os *consórcios públicos*.

5.1.1 PPP e Administração Indireta

Como se vê, entes da Administração indireta poderão, em princípio, firmar contatos de PPP. Mas esse reconhecimento deve vir acompanhado de uma ressalva relevante: a necessidade de outorga a estas entidades de certas atribuições que caracterizam o Poder Concedente. A observação aplica-se aos casos de concessão que envolvam *delegação* de serviço público (abrangendo as hipóteses de *concessão comum*, *concessão patrocinada* e *concessão administrativa de serviços públicos*)

Afirma-se que só as pessoas políticas detêm competência para exercer atribuições próprias de Poder Concedente. A noção de Poder Concedente, que se relaciona com a titularização de atribuições inseridas na tutela do *serviço público*, é própria (em princípio) do ente político titular do serviço público. Quando se alude então à hipótese de entes da Administração indireta desempenharem atribuições privativas do Poder Concedente, deve-se pressupor prévia transferência de poderes para tanto.

A posição jurídica do Poder Concedente envolve uma multiplicidade de competências, relacionando poderes para (a) legislar sobre o serviço público, inclusive autorizando legislativamente a outorga e, também, acerca de providências inerentes à concessão e dependentes de autorização legislativa, como a encampação; (b) a regulamentação do serviço público; (c) exercer a sua efetiva prestação; (d) planejar e fiscalizar a delegação, internamente e externamente à delegação; e (e) conceder e exercer todas as competências imperativas que detém sobre a relação de concessão.

Ainda que titularizadas em princípio pela respectiva pessoa política, estas atribuições podem restar fracionadas e atribuídas a entes diversos em virtude de lei. Daí a afirmação de MARÇAL de que a noção de Poder Concedente, que envolve uma pluralidade de situações ativas e passivas, não necessariamente e em todos os casos indica um único sujeito estatal. Entes diversos podem receber atribuições

próprias do Poder Concedente, inclusive no âmbito de um mesmo serviço público³⁹⁸. É o que ocorre com as agências reguladoras, às quais têm sido reconhecidos - poderes de planejar, licitar, realizar outorgas e celebrar contratos de concessão**o** como se verá.

Portanto, nada impede que o Poder Concedente seja constituído, sob o prisma do conjunto de atribuições regulatórias e executivas inerentes ao instituto do serviço público, por vários entes ligados à Administração Pública e relacionados ao serviço público específico. Cabe investigar em que sede se opera a distribuição de competências dessa ordem.

Examinando-se o texto constitucional, verifica-se a ausência de referências explícitas quanto à possibilidade de descentralização de competências materiais relacionadas com o serviço público. Em alguns dispositivos, a Constituição atribui às respectivas pessoas políticas competência legislativa e material para organizar, prestar e delegar o serviço público (inciso XI do art. 21; inciso V do art. 30; § 1.º do art. 25; § 1.º do art. 32). A *organização* do serviço público se fará por meio de lei editada pela pessoa política responsável por sua regulação.

Apanha-se, então, que o texto constitucional reserva aos entes políticos um plexo de competências para a regulação, organização e prestação do serviço público, sendo estas entidades os destinatários *naturais* daqueles desígnios. E quando o texto constitucional lhes outorga competência para *organização* do serviço público, permite-lhes que distribuam pela via legislativa parcelas de competências a entes integrados em sua estrutura administrativa (considera esta desde o ponto de vista da desconcentração³⁹⁹ como da descentralização). Tanto internamente à Administração direta, como externamente a ela, na direção da descentralização de competências a entes da Administração indireta, o texto maior autoriza a fragmentação ou a transferência de competências na missão de organização do serviço público.

³⁹⁸ *Teoria geral...*, p. 423. Ressalva apenas o autor a necessidade que reste precisamente identificado o ente estatal a quem é atribuído cada função.

³⁹⁹ Como informa PEDRO GONÇALVES, a propósito do direito português, “Quando o regime jurídico da concessão não o faz, pode tornar-se indispensável determinar o órgão de pessoa colectiva pública competente para exercer os poderes do concedente na relação de concessão... Quando a lei nada dispunha sobre o assunto, deve entender-se que responsável pela concessão é o órgão que procedeu à respectiva atribuição...” *A Concessão...*, p. 134.

A possibilidade de transferência das atribuições envolvidas na tutela mais abrangente do serviço público a entes ligados à Administração titular do serviço (no sentido da distribuição-transferência de competências dentro da estrutura do ente titular do serviço)⁴⁰⁰ é ainda reforçada por outro dispositivo da Constituição: o artigo 241 (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98). Esta norma prevê que as pessoas políticas públicas disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre esses entes, *autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*. A norma é explícita em autorizar a transferência total ou parcial de encargos de pessoas políticas para outros entes dotados de personalidade jurídica.

É verdade que há determinadas competências, de natureza política (que envolvem funções fundamentais do Estado), que são intransferíveis, porquanto constitutivas de um núcleo existencial do poder político. Mas atribuições de caráter regulatório e executivo relacionadas aos serviços públicos, suficientes a configurar um Poder Concedente, são perfeitamente delegáveis pela via legislativa⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Em sentido que pode ser emprestado ao raciocínio tecida neste particular, versando acerca da questão da delegabilidade de competências nos casos de criação de consórcio público (em parecer proferido ao Ministério das Cidades cujo objeto foi o projeto de lei sobre consórcios públicos, mais tarde convertido em lei) anotou também FLORIANO MARQUES NETO que: “À constituição de consórcio público corresponde, portanto, como dissemos, a uma forma de exercício das competências regulatórias e fiscalizatórias do titular do serviço, e não um mecanismo para transferi-las a outro ente. Uma vez que o consórcio público pertence (não só, mas também) à estrutura do titular do serviço, resta respeitado o limite de transferência da regulação do serviço – já que o titular não se desvencilha simplesmente de suas atribuições constitucionais, ele tão-somente cria pessoa jurídica específica para fazê-lo, assim como faria com autarquia tradicional”. Parecer jurídico. *In* www.manesco.com.br.

⁴⁰¹ Acerca de estudo sobre consórcios públicos, MARÇAL JUSTEN FILHO já ressaltou ser “perfeitamente possível que competências atinentes à execução de serviços públicos e outros poderes regulatórios acessórios e secundários sejam transferidos a outros entes – repita-se, seja por via do consórcio público, seja pelos meios atualmente disponíveis”. “Novos sujeitos na Administração Pública: Os Consórcios Públicos Criados pela Lei Federal n. 11.107”, *In Direito Administrativo (estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto)*. Coord. Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2006, sp. 687. Veja-se também as lúcidas ponderações de LUCAS NAVARRO PRADO, quando afirma que “É apenas a lei o instrumento capaz de delinear a repartição dessas competências, eis que não há na Constituição qualquer preferência por atribuição a órgãos ou a pessoas específicas, exceto pela exigência de que estejam inseridos no contexto de “Poder Público”, em razão do artigo 175, da Constituição Federal. Ou seja, quando a Constituição diz, por exemplo, que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (artigo 21, XII, “e”), não há nesse dispositivo qualquer vedação à União para indicar, no âmbito da administração pública federal (Poder Público Federal), quem deveria ser competente por decidir sobre a conveniência da desestatização, celebrar o contrato, fiscalizar, aplicar penalidades etc”. “Empresa estatal e fundações podem ser concedentes de serviço público em PPP”. *In* http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=32239. Em sentido algo diverso

Note-se que, ao prever em seu art. 175 a possibilidade de *delegação* do serviço público pela via da concessão, o texto constitucional vale-se de expressão abrangente, referindo-se a “Poder Público” (concedente). A expressão não apresenta significação restrita. Indica, em princípio, o ente estatal titular do serviço público, numa conotação abrangente das unidades administrativas que lhe estão integradas. É lógico inserir debaixo da expressão Poder Público as entidades que se constituem sua expressão jurídica, como, por exemplo, os sujeitos integrantes da Administração indireta. Deve-se reconhecer, a propósito, a prática histórica de transferência de certas competências titularizadas pelos entes políticos a entidades de sua administração indireta, especialmente autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem que jamais tenha sido censurada a solução do ponto de vista do controle de constitucionalidade⁴⁰².

É conclusivo, então, que o uso de locução abrangente pelo texto constitucional a definir os sujeitos delegantes do serviço público é indiciária da ausência de óbice constitucional a que sujeitos integrantes da Administração indireta possam adquirir aquele status jurídico em virtude de lei.

Deve-se avançar para reconhecer que o texto do art. 175 atribui a cada um dos entes federados titulares de serviços públicos autonomia legislativa para a disciplina do tema.

Uma questão a ser enfrentada, neste particular, diz com a definição de Poder Concedente prescrita pela Lei Geral de Concessões. O inciso I do art. 2º. desta Lei define como Poder Concedente “a União, o Estado, o Distrito Federal ou o município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”. Ao disciplinar a concessão, a norma definiu Poder Concedente, reduzindo-o à pessoa política titular do serviço público.

posiciona-se MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO. Para a jurista, “uma entidade da Administração indireta não pode celebrar contrato de parceria público-privada na modalidade de concessão patrocinada, na qualidade de parceiro público”, pois, segundo entende, “não existe hipótese em que a titularidade de determinado serviço público seja originariamente de entidade da Administração indireta”. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 91.

⁴⁰² São acolhidas na legislação infraconstitucional, inclusive, hipóteses de transferência, via delegação, de competências de administração e exploração de serviços públicos entre pessoas pertencentes a órbitas políticas distintas. Refira-se à Lei Federal n. 9.277/1996, que autoriza a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal, a administração e exploração de rodovias e portos federais.

Essa orientação, no entanto, não possui força jurídica para vincular os demais entes federados que não a União. É que o dispositivo, se é certo que decorre do exercício de competência da União para editar *normas gerais* sobre *contratos administrativos*, revela disciplina acerca de questão transcendente daquele campo temático, funcionando *materialmente* como norma especial (e não geral ou nacional). Como é sabido, desde que extravasem a delimitação material que justificam a competência para sua edição (relativa à disciplina de contratos administrativos), normas desta natureza não vinculam os demais entes federados, não se caracterizando juridicamente como *norma geral*. Figuram apenas como norma vinculante da esfera federal.

Não é difícil ver-se que a regra federal, ao pretender fixar a delimitação jurídica de Poder Concedente para os fins da delegação do serviço público, usurpa competência dos demais entes da federação. Ainda que o objeto da norma configure mesmo disciplina acerca de aspectos intrínsecos a uma delimitação genérica do modelo concessório (supostamente propício a um tratamento uniformizado por todas as esferas políticas), o que, em princípio, perfaz uma noção de *norma geral*, ao definir a delimitação dos centros de competência à organização estrutural e tutelar do serviço público, delimitando a noção de *Poder Concedente*, invade as competências próprias dos entes federados para a regulação do serviço público. Extravasa o âmbito tutelar dos contratos administrativos – objeto passível de regulação por norma geral a partir de competência privativa da União –, invadindo a disciplina mais particular do serviço público, reservada aos entes que o titularizam⁴⁰³.

Mesmo no plano federal, onde se admitem seus efeitos vinculantes, a regra, de caráter *geral* (conteúdo genérico), poderá ser derogada por leis *específicas*, que disciplinem categorias especiais de serviços públicos⁴⁰⁴. Assim é que, no tocante aos serviços de telecomunicação, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9472/1997) reserva à Agência Nacional de Telecomunicações competência para,

⁴⁰³ Não é incomum em matéria de concessão de serviço público a aparente sobreposição destas esferas de competências legislativas, uma vez tratar-se aquela de instituto que conjuga a disciplina de contratos administrativos e de certos aspectos do serviço público.

⁴⁰⁴ Veja-se o ensaio de PRADO, Lucas Navarro. “Empresa estatal e fundações...”. “Como é cediço, a Lei Federal nº 8.987/95 é uma lei geral e pode, portanto, ser excepcionada pela legislação específica. Assim, não há em princípio nenhuma invalidade no fato de as leis setoriais atribuírem a pessoas distintas da União, Estados, Distrito Federal ou municípios, competências inerentes à figura de poder concedente”.

entre outras atribuições, expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público, celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções, controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, homologar reajustes etc.

Logo e em suma, inexistente óbice constitucional (ou legal) a que competências integrantes da configuração jurídica do Poder Concedente possam ser, por meio de lei, distribuídas ou atribuídas a entes constituintes do “Poder Público”. Bem por isso, não só as pessoas políticas federadas mas também seus entes descentralizados poderão figurar como parceiros público em contratos de parceria público-privada, inclusive em ajustes que tenham por objeto a delegação do serviço público (concessão patrocinada e concessão administrativa de serviços públicos).

Cabe avançar na abordagem para descer ao exame de cada uma das entidades referidas pela Lei n. 11079/2004 como sujeitos submetidos ao regime das PPPs.

5.1.1.1 Parceiro público como autarquia

Como dito, as autarquias poderão ocupar o lugar do parceiro público nas PPPs. Autarquias são entes criados no objetivo da descentralização da gestão administrativa e financeira de atividades típicas da Administração Pública. Como pessoas de direito público capazes de titularizar certos interesses públicos, podem receber outorga legislativa para a administração e exploração de serviço público. Podem estar compreendido neste plexo de competências poderes tutelares de fiscalização, programação, realização da outorga e celebração do contrato de concessão, inclusive. Poderão as autarquias, enfim, figurar como Poder Concedente em contratos de PPP.

É claro que a totalidade das competências associadas à noção de Poder Concedente não poderá ser transferida a entes independentes da pessoa política que titulariza o serviço público, inclusive porque envolve funções privativas de Estado, como a atividade legislativa. Mas é inegável que as autarquias, como

peças de direito público, poderão titularizar, pela via legislativa, certas atribuições naturais do poder concedente.

As autarquias podem então prestar e organizar o serviço público em nome próprio, o que supõe a sua titularidade outorgada por lei. Ao desempenhá-la – registra BENEDICTO PORTO NETO – desfruta de poderes que também lhe são próprios. Isso importa dizer que, de regra, nestes casos, não existe relação jurídica entre a autarquia e a Administração Pública direta na prestação dos serviços confiados àquela⁴⁰⁵. A capacidade pública da autarquia para organizar e gerir o serviço público decorre de transferência de titularidade sobre a atividade operada pela via legislativa. Justifica-se a viabilidade deste trespasse de titularidade não só pela sua personalidade jurídica de direito público como pela vinculação que mantém com a pessoa política que a criou.

Merecem referência, neste particular, as agências reguladoras⁴⁰⁶. Como “autarquias especiais” dotadas de relativa independência em face da Administração, tem sido usual o trespasse de poderes de administração, fiscalização e controle das concessões a estes entes, possibilitando-lhes a realização da outorga e a celebração de contratos de concessão. A depender da organização administrativa de cada pessoa política (ditada a partir de suas competências próprias), os poderes atribuídos às agências serão delimitados, acumulando-se atribuições de regulação e outras relacionadas aos encargos do Poder Concedente. Como noticia MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, tem-se visto, especialmente no plano federal, a figurado do regulador cumulada com a do concedente, o que não tem ocorrido nos demais entes federados⁴⁰⁷. O exame pormenorizado desta situação, evidenciando a partilha de competências somente pode realizar-se caso a caso. Interessa aqui apenas destacar a vocação destas agências reguladoras a exercer, em certas hipóteses, encargos próprios do Poder Concedente, e, mais especialmente, sua condição de realizar a outorga e celebrar o contrato de parceria público-privada.

⁴⁰⁵ *Concessão de serviço público...*, p. 59.

⁴⁰⁶ No direito norte-americano, a concessão pode também outorgar-se por uma agência independente. Admitindo a hipótese, não sem criticá-la, diz GUASCH: “The contract governs the relationship between the concession-granting authority and the private concessionaire. The concession-granting authority is the government, an interministerial commission, or less common – and least appropriate, the regulatory agency”. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Do It Right*. Washington: The World Bank, 2004, p. 27

⁴⁰⁷ *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 323.

A Lei Geral de Telecomunicações, como referido acima, reserva à Agência Nacional de Telecomunicações um plexo competências e atribuições próprias do Poder Concedente. A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, por sua vez, conforme lhe autoriza a Lei n. 9247/1996, com as alterações produzidas pela Lei n. 9648/1998, observado ainda o Decreto n. 2335/1997, confere-lhe, entre outros, poderes de outorga para concessões e autorizações serviços públicos⁴⁰⁸. Assim se passa com outras agências reguladoras. A vocação destes entes para ocupar certas posições jurídicas do Poder Concedente já foi reconhecida como juridicamente viável pelo Tribunal de Contas União. Veja-se orientação inserta no Acórdão n. 2.299/2005 do TCU, que reconheceu competência legal à Agência Nacional de Transportes Terrestres para o desenvolvimento de estudos de viabilidade, realização dos procedimentos de licitação, outorga das concessões e celebração dos contratos de concessão em nome da União.

A própria Lei n. 11079/2004, na parte aplicável à União (Capítulo VI), reserva às agências reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, as atribuições de submeter o edital de licitação da parceria ao órgão gestor, proceder à licitação e acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada (art. 15).

5.1.1.2 Parceiro público e empresas estatais

Tema de maior controvérsia envolve a participação de empresas estatais como parceiro público nos contratos de concessão patrocinada. Apesar de expressamente referidas na Lei de PPP como possíveis sujeitos de contratos de parceria público-privada, a viabilidade jurídica da hipótese pode ser questionada na esteira de disputas já tradicionais acerca da condição de pessoas jurídicas de direito privado receberem parcelas de competências estratégicas de cunho tutelar sobre serviços públicos⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Veja-se, também, GIRARDI, Cláudio. “Regulação da Energia Elétrica, Uma Visão Prática”, *In Regulação Pública da Economia no Brasil*. Campinas: EdCamp, 2003, p. 174 e seguintes.

⁴⁰⁹ Como anotado por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “na forma descentralizada de prestação de serviço público, o poder público transfere a sua titularidade, ou simplesmente a sua execução, por outorga ou delegação, a entidade da Administração indireta ou a particular. Haverá transferência da titularidade e da execução do serviço se a entidade para a qual for transferido tiver personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações de direito público). Se for pessoa jurídica de direito privado, integrante da Administração Indireta (fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou não (basicamente concessionários ou

Verdade é – diga-se desde logo – que não se tira necessariamente da Lei de PPP a condição destas empresas estatais como sujeitos de contratos que envolvam a delegação de serviço público – o que as colocaria na posição jurídica de Poder Concedente. A sujeição destes entes à Lei de PPP pode decorrer de certas hipóteses em que figurem como parceiros públicos em contratos de concessão administrativa de *serviços ao Estado*. No caso, não se estará diante de um contrato marcado pela *delegação de serviços públicos*, o que elimina o problema da assunção da condição de Poder Concedente por pessoa jurídica dotada de personalidade jurídica de direito privado. Daí não ser inferência necessariamente decorrente da Lei n.º 11079/20004 a qualidade de Poder Concedente das empresas estatais e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos em contratos de PPP.

Mas o cabimento da hipótese não pode ser rejeitado de modo abstrato e absoluto⁴¹⁰. O problema da indelegabilidade de certas competências relacionadas ao serviço público (a pessoa de direito privado) passa pela identificação de sua natureza, investigando-se funções transferíveis e funções intransferíveis subjacentes a estas atribuições. De modo peremptório, não se pode recusar a hipótese de pessoas de direito privado titularizarem certas funções integradas no plexo de competências que caracteriza um Poder Concedente. Delimitado um núcleo de competências privativas do Estado, inerente à pessoa política correspondente, considerado indelegável por envolver funções que foram reservadas a estes entes por força do princípio da República, outras competências integradas na posição jurídica do Poder Concedente poderão ser *outorgadas*⁴¹¹ (pela via legislativa) a

permissionários), a transferência será apenas da execução do serviço”. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 560.

⁴¹⁰ Em orientação aparentemente contrária, veja-se DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª. ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 283. Diz a jurista, referindo-se à Lei Geral de PPPs, que “quanto à aplicação da lei às entidades da Administração Indireta, o parágrafo único do artigo 1º. causa certa perplexidade e será de aplicação limitada. Isto porque a delegação de serviços públicos a concessionárias e outorga a entidades da Administração indireta são duas modalidades de descentralização de atividades de que o Poder Público é titular. Não existe hipótese em que a titularidade de determinado serviço público seja originariamente de entidade da Administração Indireta. Quando ela desempenha um serviço público, já o faz porque o respectivo titular houve por bem criá-la com essa finalidade específica”. *Direito...*, p. 283 e 284.

⁴¹¹ MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO atenta para a distinção que se há de fazer entre delegação e outorga no trato do tema. “Só a outorga, transferindo para a estatal, mediante autorização em lei, a *titularidade* da competência, pode ensejar o exercício, por parte desta estatal, do poder concedente. A entidade que detém mera delegação não pode fazê-lo. Trata-se de decisão

pessoas integrantes da Administração indireta, ainda que dotadas de natureza jurídica de direito privado.

Na tentativa de analisar o problema em abstrato, considerada a globalidade das competências que, agrupadas, marcam a existência do Poder Concedente, talvez se possa dizer que estes entes titularizam funções legislativas, regulamentares e de controle tutelar específico sobre a delegação e de prestação de serviços públicos.

Parece-me que, assim considerado genericamente o plexo de competências envolvidas na definição de Poder Concedente, seria possível afirmar, por primeiro, a reserva exclusiva ao Estado da produção de atos legislativos. Estes importam o manejo de função constitucionalmente reservada ao Estado por força do princípio da República. Atos regulamentares, do mesmo modo, são próprios do ente político que titulariza o serviço público, podendo ser excepcionalmente exercitados por outras pessoas de direito público, desde que assim lhes imponha lei específica. Mas atos desta natureza não poderão ser produzidos por pessoa de direito privado, uma vez que envolvem subjacentemente escolhas políticas reservadas ao Estado em decorrência do princípio republicano. Portanto, dúvida não há – e essa é uma orientação aparentemente tranqüila na doutrina – quanto à impossibilidade de pessoas de direito privado praticarem atos de natureza legislativa e regulamentar.

Afastadas estas competências, outro campo que marca o regime de atribuições do poder concedente está no controle tutelar específico sobre a delegação e a prestação de serviços públicos. Envolvem-se nesta seara atribuições diversas que compreendem desde a decisão acerca da delegação propriamente dita (que depende, inclusive, de autorização legislativa), celebração do contrato de concessão, como o exercício do poder fiscalizatório, de prerrogativas exorbitantes, de aplicação de sanções, de proceder à rescisão etc., e da própria prestação do serviço público. Parece-me que todas estas atribuições residuais, ressalvadas as hipóteses em que a lei faz depender certos atos de autorização legislativa específica, poderão ser transferidas por lei a pessoa de direito privado. Não há óbice constitucional a que assim seja⁴¹².

de natureza política, com sede legal”. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 35.

⁴¹² A propósito do tema no direito português, lembra PEDRO GONÇALVES — embora admitindo que a regra é ainda que os serviços públicos constituam tarefas administrativas (atribuições) de

Tais funções não apresentam peculiaridades que possam impedir o trespassse pela via legislativa. Quando estas empresas estatais firmam contratos administrativos comuns (Lei n. 8666/93), já gozam de certas prerrogativas de controle, fiscalização, instabilização, rescisão etc. exercitáveis em face do co-contratante. Esta posição lhes é outorgada pela legislação específica (artigo 58 da Lei n. 8666/93). A integração destes entes na estrutura da Administração (e sua vinculação política com o Poder Público) as põe na condição de ente administrativo, capaz de desempenhar certas funções administrativas imperativas. Observados determinados limites, é lícita a transferência pela via legislativa de parcelas de competências envolvidas com aspectos tutelares do serviço público a empresas estatais (sem que tal importe na transferência da titularidade do serviço constitucionalmente reservada ao ente político federado).

É verdade que muitas destas competências importam no manejo do poder de polícia, o que poderá suscitar objeções opostas por certa parcela da doutrina⁴¹³. Usa-se dizer que pessoas de direito privado não poderiam receber, nem mesmo pela via legislativa, atribuições marcadas, em alguma medida, pelo exercício de poder de polícia⁴¹⁴.

Não me parece que seja assim. Da Constituição não se tira um princípio de *indelegabilidade* do poder de polícia a entes dotados de personalidade jurídica de

peças públicas —, que “em face do processo de privatização formal da Administração Pública — ‘conversão de pessoas colectivas públicas em sociedades anônimas’ —, verifica-se que o concedente não tem sequer hoje de ser uma pessoa colectiva de direito público. Como já vimos, as administrações dos portos são hoje sociedades anônimas e não deixaram de ser competentes para efectuar a concessão de serviços públicos portuários; nessas relações de concessão, em cujo âmbito podem praticar todos os actos necessários à respectiva constituição, execução, modificação e extinção, aquelas sociedades são portanto concedentes”⁴¹². *A concessão...*, p. 132.

⁴¹³ Além de recusada por grande parcela da doutrina, a hipótese já foi, inclusive, examinada em julgado do Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade movida em face da transformação dos Conselhos Profissionais em pessoas de direito privado (art. 58 da Lei n.9649/98), os quais exercem poder de polícia em face de seus profissionais vinculados. O STF reconheceu que as funções típicas do Estado, dotadas de coercibilidade, não podem ser exercidas por pessoas de direito privado (ADI n. 1.717-6).

⁴¹⁴ Como já referi em outro local, “o exercício do poder de polícia, particularmente na sua manifestação imperativa e coativa, apresenta-se como decorrência da legitimidade do poder político. Este tem origem num sistema de atribuição originária de competências que se funda no princípio da República. Seu caráter funcional — de busca ao atendimento do interesse da coletividade — justifica a atribuição de espaços discricionários ao agente estatal. À delegação de função de polícia a terceiro contrapõe-se, portanto, a impossibilidade de se transferirem poderes administrativos decisórios fundados na realização do interesse público, que se servem de função discricionária ou de autonomia pública”. “As Parcerias Público-Privadas e a Transferência de Atividades de Suporte ao Poder de Polícia — Em Especial, a Questão dos Contratos de Gestão privada de Serviços em Estabelecimentos Prisionais”, *In Parcerias Público-Privadas* (coord. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 389.

direito privado. Não há pela Constituição a reserva, implícita ou explícita, desta função a entes dotados de personalidade jurídica de direito privado. A reserva ao Estado de certas atribuições que retratam o exercício de um poder político legitimado pelo sistema democrático não impede que funções de polícia possam ser provisoriamente delegadas aos privados mediante os instrumentos jurídicos adequados. Quando a Constituição autoriza a delegação do serviço público aos privados (art. 175), por exemplo, está a autorizar a absorção por uma entidade privada de certas parcelas do poder de polícia (pois muito embora se reconheça uma evidente distinção entre o serviço público e o poder de polícia, é inegável que o exercício da gestão do serviço abrange, em certa medida, competências de polícia⁴¹⁵). Não são estranhas, ademais, de nosso Direito Positivo hipóteses de outorga a entidades privadas de atribuições de polícia. É o caso do processo expropriatório, sede em que, muito embora haja a reserva pela pessoa política da competência de editar o ato declaratório de utilidade pública ou interesse social (competência decisória política), empresas concessionárias poderão desempenhar os atos decorrentes da desapropriação (art. 3.º do Decreto-lei n.º 3365/41).

CARLOS ARI SUNDFELD respondeu convincentemente à objeção mais específica acerca de empresas estatais exercitarem poder de polícia, cujas conclusões podem ser emprestadas ao presente exame. Após referir à existência em nosso ordenamento de inúmeras hipóteses de exercício de competências que envolvem poderes de autoridade por privados, como a absorção de capacidade tributária ativa⁴¹⁶ ou do poder de promover desapropriações (por concessionários de serviços públicos), afirma ser irrelevante o fato de a beneficiária da transferência do poder de polícia ser pessoa constituída no figurino de direito privado, uma vez que “não se confundem o regime da pessoa com o regime da atividade. Empresa que executa atividade pública sujeita-se ao direito público, *no que respeita a essa atividade*”⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Refira-se, exemplificativamente, às atribuições previstas nos incisos IV e VI do art. 31 da Lei n. 8987/95.

⁴¹⁶ Como é admitido em nosso direito, entidades paraestatais, de natureza jurídica de direito privado (que desenvolvem atividades de interesse coletivo), podem ser sujeitos ativos de tributos parafiscais.

⁴¹⁷ “Empresa Estatal pode Exercer o Poder de Polícia”, *In Boletim de Direito Administrativo*, v. nº2, 1993, p. 101.

Concorda-se com a posição do autor, insistindo-se que o figurino privado da pessoa não constitui, por si só, óbice ao desempenho de competências que importem em alguma medida no exercício do poder de polícia (na produção de atos de autoridade). Na missão de fixar o regime jurídico peculiar, cabe olhar então para a natureza jurídica da atividade e não para a identidade do sujeito encarregado de seu desempenho. Lembra-se que as empresas estatais estarão submetidas a regime jurídico diverso conforme desempenhem atividade econômica (art. 173, CF) ou prestem serviço público (art. 175, CF). Bem assim, pessoas privadas que titularizem concessões de serviços públicos estarão submetidos à disciplina especial na medida em que pratiquem certos atos ligados mais diretamente à tutela do serviço público, o que demonstra que o tratamento jurídico aplicável a certas situações não se contamina pela natureza do ente que o pratica.

CARLOS ARI vai além e enfrenta a questão do exercício de poderes de autoridades por *empresa estatal*, o que põe o problema da (in)viabilidade da prática desses atos por empregados celetistas. Não é incomum a arguição de que poderes de polícia delegados a empresas estatais só poderiam ser exercitados por *funcionários públicos* postos à sua disposição. Esta posição pretende-se fundada tanto na estabilidade dos servidores públicos como no fato de sua competência ser recebida pela via legislativa. Mas demonstra o jurista a improcedência deste argumentos, afirmando que nem são os funcionários de empresa estatal demissíveis imotivadamente, nem as atribuições da entidade prescindem de lei. Quanto a esse aspecto, agrega que “as atribuições da própria entidade são outorgadas por lei (ex: a lei que autoriza a criação de empresa estatal e define seu campo de atuação) ou em virtude de lei (ex: descentralização, por ato administrativo, de serviço público a pessoa governamental lá existente). Assim, é evidente que as competências dos empregados da empresa estatal decorrem de lei. A diferença, no caso, entre o funcionário público e o empregado de estatal é irrelevante. O primeiro recebe sua competência diretamente da lei. O segundo a recebe indiretamente, mas a lei é a origem do poder de ambos”⁴¹⁸.

Já quanto à possibilidade de estatais praticarem atos de coação administrativa, complementa o autor não existir objeção jurídica ao caso, excetuando-se as atividades de “polícia ostensiva” e a “preservação da ordem

⁴¹⁸ “Empresa estatal...”, p. 102.

pública”, às quais a Constituição federal legitimou as Polícias Militares (§ 5º. do art. 144).

Parece correto, em suma, admitir a viabilidade da prática de certos atos de polícia pelas empresas estatais de figurino privado, mediante delegação recebida pela via legislativa. Deve-se, de conseqüência, admitir que a implicação de medidas de polícia, inclusive aquelas que importem na prática da coação administrativa, no bojo dos poderes reservados ao poder concedente, não impede sua transferência a empresa estatal, autorizando-se a conclusão de que estes entes poderão compartilhar das competências próprias do poder concedente, particularmente no que refere ao exercício da controle tutelar específico sobre a delegação e a prestação de serviços públicos.

5.1.1.3 A Fundação como sujeito de PPP

Fundações também podem ser sujeitos de PPP. A Lei Geral de PPP expressamente estende seu âmbito de aplicação a entes desta natureza.

Não é tranqüila a caracterização das fundações enquanto entes da Administração indireta no direito brasileiro. Essas pessoas foram integradas no âmbito da Administração indireta a partir do advento da Lei n. 596/87, que alterou o art. 4º. do Decreto-lei n. 200/67, tendo recebido a natureza jurídica de direito privado. Mas a doutrina tem se dividido quanto ao reconhecimento de sua natureza jurídica, afirmando alguns tratar-se de natureza privada; outros, de natureza pública (como uma modalidade de autarquia) ou privada, a depender de sua lei criadora; havendo aqueles, ainda, que reconhecem exclusivamente a natureza pública a todas as fundações governamentais criadas a partir da Carta de 88.

A um exame do texto constitucional, apanha-se inexistir referências explícitas quanto à natureza jurídica da fundação. Na sua redação originária, a Constituição referia em algumas passagens à fundação pública (inciso XXVII do artigo 22; caput e inciso XVII do artigo 37 da Constituição; incisos II e III do artigo 71; inciso II e alínea “a” do inciso IV do artigo 150; § 5º. Do artigo 165; e parágrafo único do artigo 169). A Emenda Constitucional n. 19/98 alterou diversos desses dispositivos, eliminando, inclusive, a expressão *fundação pública*, do que decorre

inexistir alusão ou delimitação de um tipo específico constitucional de fundação governamental como de natureza jurídica pública.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 7596/87, alterando a redação do art. 4º. do Decreto-lei n. 200/67, atribuiu-lhes a natureza privada. Para além disso, ao adicionar o § 3º ao art. 5º do Decreto-lei n. 200, excluiu as fundações do âmbito das disposições pertinentes do Código Civil. Por isso e como referido por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “ao defini-las como fundações de direito privado, mas excluindo-as das disposições pertinentes do Código Civil, a lei criou um rótulo inteiramente ou quase inteiramente despido de conteúdo, levando à conclusão de que as fundações serão regidas pelas leis singulares que as instituírem e por outras normas, contidas na Constituição ou em leis esparsas que forem aplicáveis às pessoas jurídicas privadas, desde que também não excluídas por outras normas de direito público”⁴¹⁹.

Evidentemente, esta não é a sede para a discussão acerca da natureza jurídica das fundações governamentais, mas tenho para mim que a fundação em face do direito (infraconstitucional) vigente possui a natureza de direito privado⁴²⁰. O reconhecimento quanto à existência de fundações governamentais de direito público - de natureza autárquica, portanto - não tem maior utilidade, porquanto equipara o instituto da fundação à autarquia, eliminando assim a identidade daquela. Só faz sentido referir à fundação de direito público se o instituto retratar regime jurídico autônomo à autarquia, sob pena de terem-se rótulos diferentes para a definição da mesma situação jurídica.

Uma outra razão para afirmar a natureza privada da fundação reside na invocação do art. 4º. do Decreto-lei n. 200/67, que assim a define. Inexistindo na Constituição configuração precisa quanto à natureza da fundação (como inexistente), a tarefa fica ao encargo do legislador infraconstitucional. Nada impede, vale agregar,

⁴¹⁹ *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 409.

⁴²⁰ Obviamente que definir a fundação como de natureza jurídica de direito privado não importa equipará-la absolutamente à fundação regida pelo C. Civil e haurida no direito privado. Na fundação governamental, seu patrimônio será instituído, em alguma medida, pelo Poder Público, através de lei instituidora, e poderá depender de dotações complementares e periódicas para sua manutenção. Por isso, nas fundações governamentais, pressupõe-se a existência de recursos públicos à sua manutenção. E, diversamente do que ocorre com as fundações privadas reguladas exclusivamente pelo C. Civil (artigo 67), a fundação governamental, marcada que é na sua origem pelo regime jurídico-administrativo, não se destaca inteiramente de seu instituidor (na acepção desta universalidade de bens adquirir vida absolutamente independente dos fins tutelados pelo Poder Público instituidor da fundação), havendo sempre a possibilidade jurídica de sua alteração ou revogação posterior por meio de lei, situação que se põe sob a tutela dos interesses coletivos que provocaram sua existência.

que esse figurino seja modificado por lei posterior; as disposições do Decreto-lei n. 200/67 são passíveis de superação em face de nova orientação acolhida em lei ordinária superveniente. Reputa-se inexistir no texto constitucional restrição quanto à criação de entes integrados na estrutura descentralizada da Administração, ainda que não rigorosamente reconduzíveis aos tipos previstos no Decreto-lei n. 200/67. Como já bem apanhado por MARÇAL JUSTEN FILHO, a esquematização do poder estatal delimitada por esta lei pode ser superada ou alterada por norma posterior de mesma ou superior hierarquia⁴²¹. Ou seja: ainda que a Constituição Federal tenha incorporado algumas distinções delineadas no corpo do Dec.-lei n. 200, como a dissociação entre Administração Pública direta e indireta, não vai ao ponto de definir com maior precisão os regimes jurídicos dos entes da Administração indireta, como se tivesse “constitucionalizado” todo o regramento contido no corpo daquele Decreto-lei. Assim, deve reputar-se que as particularidades desta esquematização, tal como definidas pelo Decreto-lei n. 200, poderão sofrer mutações pela via legislativa, observados os princípios da temporalidade e da especialidade. Não é possível admitir, sob pena de cair-se numa armadilha hermenêutica (como adverte MARÇAL), que aquela formatação tenha cunho de definitividade ou se confunda com a vontade constitucional.

Ademais, não seria incorreto inferir que a natureza de direito público reserva-se a entes vocacionados ao desempenho de atividades típicas da Administração (que requeiram gestão administrativa e financeira descentralizada), como o exercício do poder de império. Distintamente, o ente fundacional presta-se ao desempenho de atividades outras, que rigorosamente não equivalem nem à atividade de império (autarquia), nem a atividades econômicas (serviço público econômico ou atividade econômica em sentido estrito) – sociedades de economia mista e empresas públicas. Pode-se tentar situar a fundação como uma entidade própria ao desempenho de atividades sociais e culturais, sem fins lucrativos.

Já por aí se antevê que as fundações cabem muito melhor no papel de parceiros públicos de *concessão administrativa* do que enquanto concedentes de concessão patrocinada. Como se verá abaixo, um dos objetos possíveis aos ajustes de concessão administrativa está nos serviços sociais (saúde, educação, cultura

⁴²¹ O *Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética. 2002, p. 388 e 389.

etc.). Assim, uma fundação, encarregada que seja do desempenho destes serviços (sempre sob regime de gratuidade ao usuário), poderá valer-se de concessão administrativa no propósito de trespassar sua implementação, gestão e execução à iniciativa privada.

5.1.1.4 As demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios como sujeitos de PPP

A Lei Geral de PPP faz alusão, também, a outras empresas controladas direta ou indiretamente pelas pessoas políticas. Esta inclusão deve ser entendida como a extensão do regime das PPPs (com todas as suas amarras e exigências próprias) aos entes que, dotados de competência específica para exercer atribuições compatíveis com aquelas pertinentes aos parceiros públicos, sejam controlados direta ou indiretamente pelo Poder Público.

É evidente que, no que toca ao exame da concessão patrocinada, exige-se como pressuposto a condição destes entes ao exercício de competências próprias do poder concedente. Por isso, só estarão legitimados à celebração de contratos de concessão patrocinada entes que tenham recebido por lei competências desta ordem. As considerações acima podem ser emprestadas à hipótese.

Parece-me, contudo, que a sua inclusão no âmbito subjetivo da Lei aproveita ao regime da concessão administrativa. Pressupõe-se a iniciativa daqueles entes para a celebração de contratos de concessão administrativa. Assim como a Lei n. 8666/93 remete seu âmbito de aplicação amplamente a todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelas pessoas públicas, exigindo-lhes a observância de certos procedimentos e deveres para o desempenho de atividade contratual por ente controlado pelo Poder Público (porquanto se pressupõe, nesta condição, a manipulação de recursos públicos), a Lei de PPP impõe-lhes, por igual, as amarras jurídicas pertinentes à celebração de contratos concessórios cuja celebração lhes esteja franqueada. É indubitoso que tais entidades poderão praticar ajustes reconduzíveis ao modelo da concessão administrativa; e quando assim for, terão de observar os procedimentos e exigências inscritos na Lei de PPPs. O propósito, então, da extensão das normas da Lei Geral de PPPs a todas estas

entidades reside na preservação do controle jurídico quanto ao manejo de recursos públicos inerentes às contratações desta natureza.

5.1.1.5 Os Fundos especiais como sujeitos de PPP

Assim como faz a Lei n. 8666/93, a Lei Geral de PPP estende sua aplicação faz aos *fundos especiais* enquanto contratantes de ajustes concessórios na modalidade de parceria público-privada.

Estes fundos não têm no direito brasileiro um perfil rigidamente definido. Há fundos dotados de personalidade jurídica, assim como há aqueles que não a têm, a depender da lei instituidora do fundo. Quando o fundo possuir personalidade jurídica, será ele mesmo sujeito de PPP, da mesma forma que as empresas estatais o são. Quando o fundo estiver destituído desta condição, o agente administrador do fundo (dotado de personalidade jurídica) é quem figurará como parceiro público de uma PPP. HELENO TÔRRES explica que, do ponto de vista de sua gestão, não possuindo o fundo *personalidade jurídica*, ou (a) usará de atribuição a órgão já constituído, dotado de capacidade administrativa, executiva e processual, com representação autônoma, portanto, mesmo que se mantenha com escritura contábil e dotação patrimonial própria; ou (b) consolidar-se-á como simples condomínio administrado por gestores⁴²².

Os fundos especiais têm previsão constitucional no inciso II do § 9º da Constituição e infraconstitucional no Título VII da Lei n. 4320/64, sendo definidos como “o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”. As normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas deverão ser definidas pela sua lei instituidora. Regulam-se, ainda, pelo Decreto-lei n.º 200 de 25/02/67 e pelo Decreto n.º 93.872 de 23/12/86.

⁴²² “Fundos Especiais para Prestação de Serviços Públicos e os Limites da Competência Reservada em Matéria Financeira”, *In Princípios de Direito Financeiro e Tributário* (coord. ADILSON RODRIGUES PIRES e HELENO TAVEIRA TÔRRES) – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 39.

5.1.2 Os Consórcios públicos como sujeitos de PPP

Os consórcios públicos foram introduzidos no direito brasileiro a partir da Lei n. 11.107/2005, que regulamentou o artigo 241 da Constituição Federal⁴²³. São pessoas jurídicas de direito público ou privado, criadas por lei específica, formadas associativamente a partir da conjugação de duas ou mais pessoas políticas para a gestão associada de serviços públicos. Como sujeito de direitos encarregados que podem ser da gestão e prestação de serviços públicos, podem celebrar contratos de PPP.

Aliás, é indubitável que, assim como se passa com as autarquias, quando formatados com personalidade jurídica de direito público, são aptos a receber competências próprias das pessoas políticas, pondo-se na condição de exercitarem ou de compartilharem funções e atribuições de poder concedente de serviços públicos (sempre se pressupondo reserva da titularidade do serviço público às pessoas políticas sujeitos dos consórcios públicos).

Os consórcios públicos podem ser uma relevante alternativa na configuração de PPPs envolvendo a convergência de interesses de municípios brasileiros. A prevalecer o entendimento acerca do caráter de *norma geral* da regra que exclui a viabilidade jurídica de PPPs para contratos cujo valor estimado esteja fixado em valor inferior a R\$ 20 milhões, grande parte dos municípios não terá condições de celebrar contratos desta natureza. A acumulação dos investimentos realizáveis por uma pluralidade de municípios em um projeto a ser concedido por consórcio público atenua senão elimina o problema do acesso pelos Municípios à modelagem das PPPs. Logo, os consórcios públicos podem ser visto, sob esse ângulo, como um instrumento de conjugação de esforços para viabilizar o uso da PPP por municípios destituídos de porte financeiro para tanto, permitindo-lhes o acesso à engenharia financeira da PPP como via para realizar investimentos em infra-estrutura.

⁴²³ “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de corporação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

5.1.3 O Parceiro Privado da PPP: Empresas Estatais Poderão Figurar Como Parceiro Privado em Ajustes de PPPs?

Como parceiro privado, comparecerão os privados a ocupar um dos pólos do ajuste de PPP. É da essência de uma PPP que haja a distribuição de riscos entre os setores público e privado. Não há maior dúvida quanto a isso.

Mas uma questão que pode surgir diz com a possibilidade de empresas estatais titularizarem a condição de parceiros privados em ajustes de PPP.

A Lei de PPP parece ter eliminado essa hipótese, ao proibir a Administração Pública de titularizar a maioria do capital votante da sociedade de propósito específico em ajustes de PPP. Lembre-se que a execução de uma PPP será realizada pela via da criação de uma SPE (Sociedade de Propósito Específico), como prescrito pelo art. 9.º da Lei n.º 11079/2004. O § 4.º deste dispositivo traz expressa vedação à Administração ser titular da maioria do *capital votante*⁴²⁴ da SPE, excetuando-se apenas a hipótese de aquisição da maioria do capital votante da sociedade por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento. Ao assim dispor, a Lei específica afastou a possibilidade jurídica da Administração Pública (direta e indireta) atuar como parceiro privado nas PPPs.

A locução Administração Pública veiculada pelo dispositivo do § 4.º do art. 9.º deve ser lida como abrangente dos entes passíveis de figurarem como parceiro público de PPP, abarcando tanto a Administração direta como a Administração indireta (cujo âmbito subjetivo para este fim esta compreendido na relação do parágrafo único do art. 1º da Lei Geral de PPP). A inviabilidade de interpretar-se restritivamente o disposto na norma, para o fim de excluïrem-se os entes da Administração indireta da vedação prescrita, deve ser afastada. Isso porque o § 5º da regra, cuja função é veicular *exceção* à regra inscrita no § 4.º, nada refere a respeito. E por ser uma *regra de exceção*, não comporta exegese extensiva. Não há, então, como acolher leitura restritiva da norma do § 4.º (e ampliativa do regime de exceção), livrando-se daquela vedação os entes da Administração indireta.

⁴²⁴ Vale lembrar que tal não impede que a Administração seja a titular do *controle* da SPE por outros meios que não a maioria do capital votante.

A única exceção compreensivelmente veiculada pela norma está na hipótese de instituição financeira controlada pelo Poder Público que tenha participado na condição de ente financiador do projeto. Nesta hipótese, não haverá propriamente uma condição originária de parceiro privado assumida por um ente da Administração, mas situação própria de terceiro financiador do projeto, que se põe integrado na SPE em decorrência de inadimplemento contra si praticado pelos tomadores do financiamento. Trata-se de uma hipótese de transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, de acordo com as condições previstas no contrato de PPP, no objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

De todo o modo, a Administração Pública direta assim como os entes da Administração indireta não poderão assumir originariamente a condição de parceiros privados da PPP, na acepção de serem titulares da maioria do capital votante de uma SPE. O propósito desta previsão está em evitar, sob a roupagem de uma PPP, a criação disfarçada de sociedades de economia mista ou empresas estatais, como pontuam MAURÍCIO RIBEIRO PORTUGAL e LUCAS NAVARRO PRADO⁴²⁵. Ademais disso, investe contra o espírito do modelo PPP a hipótese da Administração Pública gerir a SPE, operando-se uma espécie de usurpação do controle da concessionária pelo parceiro público, numa ação claramente avessa à lógica econômico-administrativa subjacente à PPP.

Para além desta vedação, contudo, outros óbices que poderiam ser referidos.

Considerada a hipótese da Administração Pública firmar contratos de PPP com empresas estatais prestadoras de serviço público constitutivas de sua Administração indireta, incorrer-se-ia numa composição teratológica e circular do ponto de vista da organização administrativa do serviço público. É certo que à Administração cabe organizar a prestação do serviço público, podendo utilizar-se para tanto da técnica da descentralização, recorrendo à criação de empresa estatal geneticamente afetada à sua prestação. Poderá, ainda, optar por conceder a ente alheio à órbita administrativa (da Administração) a gestão do serviço público pela via do contrato de concessão regido pelas Leis n. 89887/95 e 11079/2004. As hipóteses

⁴²⁵ *Comentários à Lei de PPP: Parceria Público-Privada, Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 251.

são inconfundíveis e obedecem a tratamento jurídico diverso. Se ao Estado se autoriza a prestação (estatal) por descentralização, é inadmissível que, usando de via transversa, delegue (pela via de uma PPP, por exemplo) o serviço público a empresa integrada em sua órbita administrativa.

Quando muito, a hipótese poderia obedecer a formatação bem distinta (com transferência de atribuições não exatamente coincidentes com aquelas objeto de uma PPP), valendo-se da figura do contrato de gestão (§ 8º do art. 37 da CF).

Já a iniciativa de uma empresa estatal (originariamente criada para a gestão de certos serviços públicos por descentralização na esfera administrativa de determinada Administração) firmar *parceira público-privada* com outro ente político esbarraria em óbices de natureza diversa. A hipótese poderia configurar desnaturação do regime próprio do serviço público inscrito no art. 175 da Constituição Federal, revelando atuação do ente estatal no domínio econômico (art. 173, CF). Quando a empresa prestadora do serviço público desliga-se de sua missão genuína e se lança na disputa de contratos e negócios (ainda que relacionados à execução do serviço público) no objetivo de incrementar seus resultados empresariais, atua sob o regime da atividade econômica em sentido estrito. Ainda quando os negócios perseguidos envolvam a assinatura de contratos administrativos e a prestação do serviço público, a iniciativa de uma empresa estatal criada sob regime do art. 175 da CF disputar outras oportunidades empresariais subsume hipótese regulada pelo art. 173 da CF, como atuação própria do domínio econômico. Não há atuação decorrente da missão de prestação do serviço público, mas outra de natureza diversa, com vistas a abarcar novas oportunidades de lucro à sua atividade empresarial.

Verifica-se, no caso, atividade *atípica* desenvolvida por empresa estatal especialmente criada para a gestão do serviço público titularizado por certo ente federativo. Apesar de soar rebarbativa a hipótese, já não são raros os casos em que empresas estatais transcendem os limites de sua especialidade genética (prestação de certo serviço público por descentralização de certa unidade federada) para adquirir vida empresarial independente, atuando então sob outro regime jurídico (art. 173). Quando empresa estatal nesta situação acaba por contratar com a Administração a concessão de serviços públicos (ou de outras atividades) figura em posição jurídica equivalente à do concessionário privado.

O problema desta hipótese está na infração, pela Administração de origem, ao disposto ao artigo 173 da Constituição. Ao Estado é defeso atuar no campo da atividade econômica em sentido estrito quando ausentes os pressupostos constitucionais para tanto: quando necessário aos *imperativos da segurança nacional* ou a *relevante interesse coletivo*, conforme definidos em lei. Parece-me inequívoco que o caso retrataria o exercício de atividade econômica em sentido estrito sem o atendimento aos pressupostos constitucionalmente definidos.

Essa hipótese é lembrada por MARÇAL JUSTEN FILHO, que pondera sobre sua inconstitucionalidade⁴²⁶. Além da referida infração ao artigo 173 da Constituição, o jurista agrega outros fundamentos que conduzem à impossibilidade jurídica do caso. Afirma que na grande maioria dos casos haveria infração ao *princípio da especialidade* (por infração à sua lei instituidora, à delimitação de seu âmbito de abrangência prevista em lei instituidora). Além disso, aponta a alocação de recursos públicos para a realização de interesses secundários (obter lucro): “É que a perspectiva de uma entidade administrativa disputar concessão de serviço público perante outras pessoas políticas apenas poderia justificar-se pela perspectiva isolada e exclusiva de obtenção de lucros”⁴²⁷, propósito alheio (como fim exclusivo) ao de qualquer entidade administrativa. Por fim, MARÇAL apanha o risco de obtenção de prejuízo, inerente ao risco do insucesso empresarial que se verifica nas concessões.

Hipótese inconfundível envolve a incumbência a empresa estatal da gestão-prestação de serviço público titularizado por outro ente pela via do *contrato de programa*, recebendo patrocínio pecuniário parcial ou total. Aqui, adverte CARLOS ARI SUNDFELD, a hipótese não se confunde com uma PPP, obedecendo ao regime dos contratos de programa disciplinados pela Lei 11.107/2005⁴²⁸.

6. O SISTEMA REMUNERATÓRIO DA CONCESSÃO PATROCINADA

O mecanismo remuneratório previsto para as concessões patrocinadas configura um sistema misto de retribuição: contraprestação pecuniária do Estado +

⁴²⁶ *Teoria Geral...*, p. 127 e 128.

⁴²⁷ *Teoria Geral...*, p. 128.

⁴²⁸ *Guia Jurídico...*, p. 42.

tarifas arrecadadas diretamente dos usuários dos serviços e (eventualmente) receitas ancilares à concessão.

Com já dito, um elemento essencial à configuração da hipótese normativa da concessão patrocinada está na existência conjugada de tarifação e contraprestações pecuniárias providas pelo Poder Público na estruturação econômico-financeira do ajuste concessório. Haverá necessariamente tarifa cobrada dos usuários, a cuja receita se adicionarão, de modo crônico e formativo da configuração econômico-financeira originária da concessão, contraprestações pecuniárias do Poder Público.

A tarifa praticada na esfera de um contrato de concessão patrocinada tem a natureza de preço político. Esse preço é definido como “o pagamento parcial por unidade de serviço prestado, completando-se com os impostos o custeio do serviço”⁴²⁹. Explica MARCELO CAETANO que “os preços políticos são fixados para beneficiar o público, facilitando a utilização do serviço de maneira a assistir os mais pobres ou a promover e difundir higiene, comodidade ou cultura. Não bastando então o produto das receitas próprias do serviço público para cobrir as suas despesas, tem a Administração de preencher o déficit com subsídios provenientes das receitas gerais obtidas através dos impostos, o que quer dizer que pagam todos os utentes, ou até a totalidade, se as prestações forem gratuitas”⁴³⁰. O preço político distingue-se assim do *preço econômico*, que é calculado segundo as regras da ciência econômica a partir do custo de produção dos bens ou serviços a vender. Para usar uma terminologia proposta neste trabalho, as concessões patrocinadas pressupõem a prática de *tarifas módicas* quando descoincidentes da *tarifa técnica*, tendo-se como resultado um *preço político*, porque *subsidiado* (no sentido econômico – e não jurídico - da expressão) pela Administração Pública mediante contraprestações pecuniárias.

Uma questão que deve ser retomada nesse passo, a propósito da contraprestação da Administração, está em investigar as suas modalidades legalmente admitidas.

⁴²⁹ TÁCITO, Caio. “O preço público nos serviços concedidos”, *In temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 789.

⁴³⁰ *Manual...*, p. 1083.

6.1 AS FORMAS DE CONTRAPRESTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

O art. 6º. da Lei n. 11079/2004 traz um elenco de formas de contraprestação da Administração Pública em contratos de PPP. A eleição da via jurídica à realização do pagamento deverá fazer-se por ocasião da elaboração do Edital de licitação e deverá restar precisamente consignada em contrato. Configurar-se-á, inclusive, cláusula econômico-financeira do contrato, nos termos do § 1º. do art. 58 da Lei n. 8666/93.

O primeiro enfrentamento jurídico que demanda o exame do elenco das formas de contraprestação está em caracterizar a regra do art. 6º da Lei n. 11079/2004 como norma geral ou especial.

6.1.1 As Formas de Remuneração Como Matéria Reservada à Competência da União para Legislar sobre Normas Gerais

Não são poucos os autores que defendem tratar-se a regra do art. 6º. da Lei n. 11079/2004 de norma especial, porquanto o tema regulado situa-se no âmbito da autonomia dos entes locais para a disciplina e organização de seus serviços (art. 18, CF)⁴³¹.

O enfrentamento desta questão recoloca um tema que já foi pincelado atrás. Trata-se de reconhecer a referibilidade da matéria tanto à organização dos serviços públicos, como à regulação de tipologias contratuais. As formas de remuneração em contrato administrativo constituem um campo temático que pode ser reconduzido à disciplina do serviço público, como àquela dos contratos administrativos (esta reservada à competência privativa da União para a edição de normas gerais). A interpretação do problema, considerando a dupla referibilidade da matéria, deve pressupor solução hermenêutica que afaste o risco de colisões de regras de competência, enquadrando a hipótese em num ou noutro campo temático.

Parece-me que o problema deve ser resolvido pelo critério da especialidade. Relativamente à disciplina acerca da organização dos serviços públicos, a regulação

⁴³¹ Por todos veja-se ALMEIDA, Aline Paola B. Camara. "A remuneração nos contratos de PPP", In *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Coordenadores: Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 545.

das modalidades contratuais afigura-se um campo especial (que se contrapõe à generalidade daquele). As formas contratuais configuram instrumentos específicos de organização do serviço público; são vias jurídicas vocacionadas à prestação indireta do serviço público. Delimitam assim um campo específico, que se integra no universo mais abrangente da organização e estruturação dos serviços públicos. Neste particular, se é inegável que os entes locais detêm competência para a disciplina da organização de serviços que titularizam, certo é que as vias contratuais serão modeladas legislativamente mediante a edição de normas gerais sob competência privativa da União. Quando adentrarem no campo das formas contratuais de prestação indireta do serviço público, deverão os entes locais observarem as disposições veiculadas em normas gerais editadas pela União.

A disciplina acerca de modalidades de pagamento relativamente a obrigações do Poder Público pode traduzir-se em matéria afeta à competência dos entes locais, por dizer com a organização dos serviços por si titularizados. Mas as formas de contraprestação relacionadas a certa modalidade de contrato administrativo é matéria própria de normas gerais, nos termos da competência outorgada privativamente à União pelo texto constitucional.

Como já referido atrás, ao se deferir à União competência para a edição de *normas gerais* sobre contratação administrativa, certamente se lhe reservou competência para a configuração de aspectos remuneratórios da concessão, como aspectos de política tarifária, modalidades de contraprestação etc. Inegável, por isso, que o artigo 6º da Lei n. 11079/2004 configura norma geral de contrato administrativo, que merece observância cogente pelos entes federados.

É verdade que o inciso V do art. 6º admite que a contraprestação da Administração nos contratos de PPP se realize por “outros meios admitidos em lei”. A prescrição autoriza a criação legislativa de outros meios de contraprestação, o que se pode dar inclusive pelas leis locais dos entes federados. Daí que os municípios, os Estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre outros meios de contraprestação em contratos de PPP, adicionando ao elenco trazido pela Lei n. 11079/2004 outras hipóteses (a valer, evidentemente, dentro daquela específica esfera federada). Mas a qualificação daquela regra como norma geral impede que leis especiais restrinjam o alcance de seu conteúdo, limitando ou eliminando as hipóteses por ela expressamente admitidas. Logo, os entes federados poderão

dispor sobre meios adicionais de contraprestação da Administração em contratos de PPP, mas não poderão vedar ou limitar as hipóteses contempladas no art. 6º da Lei n. 11079/2004, sob pena de infringir o conteúdo vinculante da norma geral.

6.1.2 O Elenco Legal das Formas de Contraprestação

A regra do art. 6.º da Lei n. 11079/2004 prevê as seguintes hipóteses de contraprestação da Administração em contratos de PPP: I – ordem bancária; cessão de créditos não-tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; e IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais. O dispositivo admite, ainda, que a contraprestação se realize por outros meios admitidos em lei.

Essas modalidades são disponibilizadas à Administração como vias de configuração da remuneração do parceiro privado que deverão constar do contrato de PPP. À Administração caberá, no âmbito do exercício de discricionariedade (informado por estudos técnicos), eleger as vias que melhor realizem, diante de certo caso concreto, a eficiência e a economicidade às contratações administrativas. Estas modalidades de contraprestação poderão, sobretudo, estar combinadas entre si, compondo um certo arranjo remuneratório. A eleição-combinação das formas de contraprestação que constarão de um contrato de PPP depende de um sem-número de aspectos que escapam ao universo jurídico. Mas é necessário que estas opções estejam sempre orientadas à otimização da eficiência e da economicidade na configuração econômico-financeira da parceria⁴³².

Vale debruçar-se mais especificamente sobre cada uma destas vias.

6.1.2.1 A Ordem bancária

A ordem bancária é uma forma de efetuação do pagamento (da ordem de pagamento) prevista pelo art. 65 da Lei n. 4320/64⁴³³. Pressupõe, no terreno da atividade administrativa, uma *ordem de pagamento*, definida legislativamente como

⁴³² Numa configuração de concessão patrocinada, se é imprescindível que haja contraprestação pecuniária provida pelo parceiro público, é certo que tal poderá conjugar-se com outras formas de contraprestação na composição da receita do concessionário.

⁴³³ Art. 65. O pagamento da despesa será efetuado por tesouraria ou pagadoria regularmente instituídos por estabelecimentos bancários credenciados e, em casos excepcionais, por meio de adiantamento.

o despacho exarado por autoridade competente que determine o pagamento de certa despesa (art. 64, Lei 4320/64).

De um ponto de vista jurídico, define-se como uma autorização emitida a um banco para que credite certa importância na conta bancária de terceiro. Trata-se de operação (bancária) corriqueira na prática comercial, destituída de tratamento jurídico complexo. Tem natureza de contraprestação pecuniária. Caracteriza-se por ser uma modalidade de pagamento que importa a transferência de pecúnia entre sujeitos, e que se materializa mediante procedimento bancário simplificado.

6.1.2.2 A Cessão de créditos não tributários

A cessão de créditos não tributários consiste numa cessão de direitos. Por esta via, a Administração cede ao parceiro privado direitos que detém em face de terceiro; é um negócio jurídico bilateral pela qual a Administração transfere a terceiros sua posição numa relação obrigacional⁴³⁴.

A Administração poderá valer-se da cessão de direitos creditórios como forma de remuneração do concessionário. Nada impede que a Administração preveja em seus contratos (administrativos, em geral) a cessão de créditos não-tributários como meio de pagamento por prestações executadas pelo contratado. Esta opção se põe sob o exercício de competência discricionária estipulativa do conteúdo dos contratos administrativos. Uma vez integrada a cessão de créditos (não-tributários) na composição da remuneração do parceiro privado, o negócio obedecerá ao tratamento prescrito pelos artigos 286 e seguintes do C. Civil brasileiro.

Tendo em vista a regra do art. 7º da Lei n. 11079/2004 - que impõe que a realização da contraprestação da Administração Pública seja obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço (ou de parcela fruível do serviço) objeto do contrato de parceria público-privada - as cessões de crédito, enquanto modalidade de pagamento ao parceiro privado, deverão firmar-se sob condição suspensiva, suspendendo-se a eficácia do negócio até o implemento da obrigação pelo parceiro privado. Assim, o adimplemento das obrigações pactuadas no contrato de PPP (a prestação do serviço dentro de certas características, por exemplo) pelo parceiro

⁴³⁴ Veja-se GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 204.

privado poderá configurar termo para que a cessão produza seus efeitos próprios e eficazmente⁴³⁵.

Evidentemente, na hipótese do parceiro público optar por uma cessão de créditos não-tributários como via de contraprestação ao parceiro privado (total ou parcialmente), deverá especificar a relação dos créditos cedidos, indicando sua titularidade e características. Os perfis do crédito e do cedente são aspectos fundamentais a serem considerados pelo parceiro privado na elaboração de sua proposta comercial. Influem diretamente na cotação dos preços oferecidos a projetos de PPP por traduzirem uma cláusula econômico-financeira do ajuste. Seria de incontornável invalidade cláusula editalícia que, neste particular, deixasse de especificar todas as características jurídicas do crédito.

De um ponto de vista econômico, o número de créditos relacionados e a sua qualidade são fatores que informam diretamente os preços oferecidos pelo parceiro privado; como regra, quanto menor o número de créditos, mantido o valor nominal, menor o custo subjacente à transação - em princípio, é mais econômico para o parceiro privado adquirir o mesmo valor a partir de uma menor quantidade de créditos; bem assim, quanto maior o grau de confiança (menor a taxa de risco) do cedente, menor será o custo transacional experimentado pelas partes.

Um aspecto de relevo está então em notar que o perfil do crédito influi diretamente na mensuração dos riscos. Não seria excessivo perceber que a cessão de créditos não-tributários poderá funcionar, inclusive, como fator de atenuação dos riscos transacionais em contratos de PPP, comparativamente aos meios de pagamento providos diretamente dos cofres públicos. Créditos oriundos de companhias com grau de risco inferior àquele fixado às Administrações Públicas jogam para baixo o custo transacional; é o que poderá ocorrer, por exemplo, se o crédito cedido for titularizado por uma companhia com classificação de *investment grade* reconhecido pelas agências de risco (ainda que essa tenha sido uma graduação ainda recentemente alcançada pelo tesouro brasileiro).

⁴³⁵ Admitem a cessão condicional de créditos como meio de pagamento ao parceiro privado em contratos de PPP MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO. *Comentários à Lei de Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-Jurídicos*. p São Paulo: Malheiros, 2007, p. 187.

6.1.2.3 Outorga de direitos em face da Administração Pública

Certos direitos titularizáveis em face da Administração Pública poderão também compor a contraprestação do parceiro público ao parceiro privado. A Administração poderá outorgar direitos com cunho de patrimonialidade ao parceiro privado à guisa de contrapartida pelas prestações executadas. Quaisquer direitos transferíveis aos privados poderão ser objeto da outorga. Pense-se na outorga do direito de construir, previsto pelo art. 28 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10257/2001). Adquire o parceiro privado um direito de construir a ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento⁴³⁶ básico adotado para algumas áreas fixadas no plano diretor. O direito à alteração de uso de solo é outra hipótese a ser lembrada (art. 29 da Lei n.º 10257/2001)⁴³⁷.

É difícil propor uma sistematização das hipóteses possíveis dada a diversidade de direitos titularizáveis em face da Administração.

Esta modalidade de contraprestação não será tecnicamente uma contraprestação de natureza pecuniária, mas abarca formas alternativas de pagamento, que se constituem em meros direitos em face da Administração, ainda que dotados de patrimonialidade, na acepção de se constituírem em direitos revestidos de interesse econômico. Deste modo, a integração de uma via desta natureza do bojo de um arranjo concessório não caracteriza, por si, uma concessão patrocinada, que, como visto, depende da presença de contraprestações pecuniárias providas pela Administração. Mas é viável (evidentemente) que a contraprestação patrocinada esteja configurada também pela outorga de direitos em face da Administração.

Parece interessante à Administração recorrer a modalidades alternativas de contraprestação em substituição às contraprestações pecuniárias. A sua previsão específica pela Lei pode significar, inclusive, um estímulo à adoção prática das vias

⁴³⁶ Coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

⁴³⁷ Deve-se lembrar, quanto a estes instrumentos de direito urbanístico, , nos termos do art. 31, que os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as seguintes finalidades: I - regularização fundiária; II - execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; III - constituição de reserva fundiária; IV - ordenamento e direcionamento da expansão urbana; V - implantação de equipamentos urbanos e comunitários; VI - criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; VII - criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; VIII - proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

alternativas de pagamento por serviços oferecidos ao Estado (e ao público), num contexto de ampliação das possibilidades negociais na seara dos contratos administrativos, o que passa a exigir o aperfeiçoamento da criatividade negocial do Poder Público no que diz com a formatação destas parcerias. A cultura das PPPs propõe também a diversificação dos meios de pagamento por bens e serviços da Administração como ferramenta ao alcance de melhor economicidade e eficiência a pautar a formatação dos contratos públicos.

6.1.2.4 Outorga de direitos sobre bens públicos dominicais

A outorga de direitos sobre bens públicos dominiais é outra modalidade de contraprestação que foi referida pelo art. 6º da Lei Geral de PPP. Bens públicos dominicais são *bens públicos*⁴³⁸ que, diversamente dos bens públicos de uso comum (tais como rios, mares, estradas, ruas e praças) e daqueles de uso especial (tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias), constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (inciso III do art. 99 do C. Civil). Consideram-se também dominicais, não dispondo a lei em sentido contrário, tal como prescreve a obscura redação do parágrafo único do art. 99 do C. Civil, os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público “a que se tenha dado estrutura de direito privado” (parágrafo único do art. 99 do C. Civil) – pensa-se tratar-se aqui das fundações governamentais.

Portanto e diversamente dos bens públicos de uso comum ou especial, os bens públicos dominicais são aqueles que não restaram *afetados* a finalidades específicas de interesse coletivo. Identificam-se de modo *residual* em relação aos bens objeto de afetação, sendo, daí, *alienáveis*, desde que obedecidos aos requisitos fixados em lei.

Assim, a outorga de direitos reais ou pessoais sobre bens públicos dominicais ao parceiro privado é forma admitida de contraprestação em contratos de PPP. Não se terá, aqui, uma contraprestação de natureza pecuniária, o que não a

⁴³⁸ De acordo com o C. Civil brasileiro (art. 98), são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

torna elemento que, por si, atraia o tratamento da concessão patrocinada quando integrada no sistema remuneratório dos contratos concessórios. Ausentes contraprestações pecuniárias em contrato de concessão integrado também por outros meios de remuneração que não a tarifa, ter-se-á uma concessão comum marcada pelo recurso ao art. 11 da Lei n. 8987/95. Mas nada impede que a outorga de direitos reais ou pessoais sobre bens públicos dominicais ao parceiro privado seja uma modalidade de contraprestação integrada em contrato de concessão patrocinada.

Tal como se referiu a propósito da outorga de direitos em face da Administração, a outorga de direitos sobre bens dominicais pode significar uma via interessante, sob o ângulo da economicidade, à realização de pagamento por bens e serviços prestados à Administração, substitutivamente às contraprestações pecuniárias. O modelo das PPPs deve retratar a superação de uma cultura focada em concepções rígidas (e retas) quanto à estruturação das relações obrigacionais entre Administração e prestador, propondo-se o estímulo à criatividade negocial do administrador na busca por soluções combinadas, customizadas caso a caso a partir de escolhas economicamente mais interessantes à Administração.

A outorga de direitos reais ou pessoais sobre bens públicos dominicais ao parceiro privado pode abranger uma multiplicidade de hipóteses. Um exemplo que poderia ser referido está na outorga de direito de uso sobre certos bens da Administração. Este negócio jurídico poderá abranger eventualmente a outorga do direito de *uso* ao concessionário sobre bens destituídos de interesse coletivo. O concessionário adquire o direito de uso para exploração comercial privatística, de acordo com propósitos egoísticos. Mas poderá também configurar-se concessão de uso relacionado à promoção de certas finalidades coletivas – com vistas ao suporte e ao incremento da própria prestação do serviço público. O relevante é que o uso do bem público reverta-se em benefícios patrimoniais ao concessionário, funcionando como contraprestação (parcial ou total) pela execução de suas obrigações no contrato de PPP.

O direito espanhol conhece alternativa semelhante. Dentre as possibilidades de remuneração “extra-orçamentária” do contratado previstas pela legislação para contratos de obra está a outorga de concessão dominial. Tal como disposto nos artigos 130 a 134 da LCAP, o financiamento de uma obra pública (destituída de

vocação à exploração rentável) pode operar-se pela via de outorga de concessões de domínio público. Dois pressupostos são exigíveis para o uso desta forma de remuneração pela Administração: (a) que a obra (a ser executada) não seja suscetível de aproveitamento econômico – e, daí, não seja passível de remuneração por tarifas ou de exploração econômica pelo concessionário; e (b) que o contrato tenha por objeto a execução e a conservação de obras ou só a conservação desta (art. 131). Como explicam ANA MARIA JUAN LOZANO e JESÚS RODRIGUEZ MÁRQUEZ, a concessão dominial deve recair, neste formato, sobre a zona de serviços ou área de influência em que se integra a obra. Não é possível, então, que a contraprestação se instrumente mediante a simples cessão de bens patrimoniais, sendo que a outorga de *concessão de domínio público* ao prestador recairá sobre área integrada na zona de serviços ou na área de influência da obra pública objeto⁴³⁹.

6.3 AS MODALIDADES DE CONTRAPRESTAÇÃO COMO CLÁUSULA ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO

As modalidades de contraprestação configuram aspecto central da remuneração do parceiro privado, sendo então um elemento econômico (ou uma cláusula econômica) do contrato. Sua fixação no contrato só poderá alterar-se desde que consensualmente e respeitados os pressupostos previstos na alínea “c” do inciso II do art. 65 da Lei n. 8666/93, aplicável à hipótese.

As formas de remuneração devem necessariamente constar do contrato de PPP, a teor do inciso IV do art. 5º da Lei 11079/2004. Devem, antes disso, ter previsão no Edital de licitação de PPP, pois configuram um importante elemento da equação econômico-financeira do contrato. Percebe-se que o elenco guarda disparidades acentuadas entre as hipóteses, sendo necessário daí o preciso conhecimento acerca da forma de contraprestação elegida em cada caso para o fim

⁴³⁹ Os autores explicam que o fato da concessão ter de recair sobre estas zonas vinculadas à obra tem toda lógica. De um lado, porque que essas áreas são, precisamente, aquelas que podem ser objeto de exploração (diferentemente da obra em si). De outro, porque assim se mantém a vinculação entre ambas as atividades, de maneira que a exploração econômica situada na zona de serviços complementa a própria obra. *La Colaboración Público-Privada en la Financiación de las Infraestructuras Y Servicios Públicos. Una Aproximación desde los Principios Jurídico-Financieros*. Instituto de Estudios Fiscales: Madrid, 2006, p. 72.

de bem delimitar os riscos envolvidos no projeto e fixar os valores oferecidos na disputa licitatória.

Interpretação distinta tornaria excessivamente instável as parcerias, desafiando seus postulados elementares (que se orientam ao fortalecimento da segurança jurídica e da estabilidade nos ajustes contratuais). Não é compatível com ajustes desta natureza, porte e longevidade, a concessão de margem de discricionariedade tão acentuada sobre aspectos econômico-financeiros essenciais.

Por isso, as formas de contraprestação devem estar precisamente fixadas no edital de licitação e no contrato de PPP. Só poderão alterar-se mediante aditivo consensualmente formalizado pelas partes, obedecidos aos pressupostos previstos na alínea “c” do inciso II do art. 65 da Lei n. 8666/93.

6.3 AS CONFIGURAÇÕES FINANCEIRAS DA CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO

Do ponto de vista financeiro, a contraprestação pecuniária a ser provida pelo parceiro público pode assumir diversas configurações.

Pode traduzir uma prestação fixa, que se adiciona à receita tarifária. Neste caso, a Administração se encarrega de aportar valores previamente definidos que serão adicionados ao rendimento variável do concessionário. Esta configuração é tendente a reduzir o risco inerente ao modelo concessório. Parte do risco é mitigado quando se adiciona à receita variável (e pautada pelo risco de utilização) prestações fixas e previamente ajustadas entre as partes.

Pode também configurar uma prestação variável de acordo com o risco de utilização, funcionando na base de uma simulação do sistema tarifário (tal como ocorre nos sistemas de *shadow toll*). Na hipótese, o valor pecuniário das contraprestações é calculado a partir do nível de utilização ou fluxo de usuários da infra-estrutura ou do serviço público. Opera-se assim uma simulação do sistema tarifário. A Administração remunera o concessionário na base do risco de utilização do serviço público. Esta pode ser uma configuração apta a cobrir (em projetos teoricamente auto-sustentáveis) o déficit de receita criado pela isenção tarifária para certos grupos de usuários (quando esgotada a capacidade contributiva de outras

classes de usuários), preservando-se integralmente o risco de utilização da concessão.

O modelo poderá funcionar também a partir de garantias de rendimento mínimo⁴⁴⁰. Sem desnaturar o risco de utilização como fator de quantificação dos aportes realizáveis pela Administração, a ele se pode adicionar uma garantia de rendimento mínimo, evitando-se resultados excessivamente insuficientes a cobrir os custos de produção do contrato. Uma possibilidade está em assegurar certo nível de amortização dos *custos* relacionados à concessão, situação que evitaria prejuízos diretos ao concessionário em face de períodos de baixa rentabilidade do negócio.

Evidentemente, aqui, o risco de utilização, restrito à variação das margens de lucro do concessionário, estaria minimizado. Nem por isso, seria possível negar o cabimento da hipótese. A vocação de um projeto a admitir garantias de resultados mínimos deve ser informada por raciocínios econômicos, considerados fatores diversos. Uma vantagem evidente desta modelagem comparativamente àquela de prestações fixas reside em aproveitar à Administração o risco do sucesso do empreendimento, reduzindo sua participação financeira à proporção do aumento de demanda; poderá também estar combinado com o mecanismo de compartilhamento dos ganhos econômicos do negócio (inclusive aquele decorrente da redução de risco de crédito de financiamento utilizado pelo parceiro privado).

A contraprestação pode, por fim, assumir configurações mais complexas, em que o aporte é hibridamente calculado a partir de referências de utilização do serviço (risco de utilização) associadas a outros elementos de custo. Um exemplo destas composições mistas acha-se nas concessões de construção e operação dos metrô de Sevilla e de Málaga, na Espanha, licitados ainda antes da advento Lei 13 de maio de 2003 (que regula a concessão de obras na Espanha). A retribuição do concessionário foi fixada a partir tanto da receita das tarifas pagas pelos usuários, como também por aportes e subvenções da Administração Pública. Os aportes realizáveis pela Administração durante a exploração do serviço restaram fixados a

⁴⁴⁰ A garantia de rendimento mínimo, aliás, constava da redação original do projeto que deu origem à Lei n. 8987/95. O artigo 24, vetado sob a alegação do risco de propiciar o descuido com a eficiência operacional do concessionário e da prática com dispêndios públicos de subsídio, assim estabelecia: “O poder Concedente poderá garantir, no contrato de concessão, uma receita bruta mínima ou, no caso de obras viárias, o correspondente ao tráfego mínimo, durante o primeiro terço do prazo da concessão”.

partir de fórmulas complexas que consideraram a evolução do nível de utilização e as tarifas ofertadas pelo concessionário⁴⁴¹.

Cabe agregar que a Lei não estabelece a longevidade destas contraprestações pecuniárias em contratos de PPPs. Elas poderão realizar-se, a partir da disponibilização do serviço (ou de parcela fruível deste), periodicamente durante todo o período de concessão ou por período inferior. É necessário apenas que haja uma vinculação periódica e crônica destes pagamentos à receita do concessionário, sob pena de desfigurar a hipótese normativa da concessão patrocinada.

6.3.1 A Remuneração Atrelada ao Desempenho do Concessionário

Se o risco de utilização sempre foi um componente necessário do modelo concessório, a introdução do modelo das PPPs importa a revalorização do *risco de qualidade* (e de *disponibilidade*) na configuração da remuneração do concessionário, com vistas à otimização da eficiência na execução do contrato. Busca-se o estímulo a ganhos de produtividade à concessão a partir da vinculação de sua remuneração ao desempenho do parceiro privado. Nos termos do parágrafo único do art. 6. da Lei 11079/2004, o ajuste de PPP poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Admitiu a Lei a possibilidade de atribuição dos riscos de qualidade e de disponibilidade ao concessionário das PPPs.

O mecanismo é usual e típico das *Private Finance Initiative*. Ao lado das PFIs sob *risco de utilização* (em que se transfere ao operador-contratado o risco de utilização da infra-estrutura), conhecem-se no direito inglês as PFIs sob *risco de qualidade*, que envolvem variantes de qualidade subordinativas dos resultados do contratado. Os pagamentos providos pelo Poder Público relacionam-se com o cumprimento de certos indicadores de qualidade e de disponibilidade (ou indisponibilidade – *unavailability*) da infra-estrutura. O contratado poderá ter sua remuneração reduzida em face das “penalidades” que decorrem do não-atingimento de certos parâmetros de qualidade, assim como da não-disponibilidade da infra-

⁴⁴¹ Vide ESCOBAR, José Luis Nores. “Concesión de ferrocarriles metropolitanos. Los casos de Metro de Sevilla y Metro de Málaga”, *In Reflexiones sobre El Contrato de Concesión de Obra Pública*. Sevilla: Hispalex, 2005, p. 113.

estrutura (a infra-estrutura ou o serviço indisponível não serão remunerados). Esta regra, ao lado das variantes de qualidade, é aplicada com extremo rigor nestes contratos, sendo que “cada área de uma edificação que apresente unidade funcional própria se sujeita à aplicação da *unavailability*. Cada serviço é, ele mesmo, dividido em unidades. As sanções, quanto a elas, atingem cada elemento identificado no contrato. Assim, se uma sala de aula ou um escritório não são iluminados, sua área será excluída do total dos pagamentos. Cada lâmpada deverá ser substituída dentro de um prazo determinado, cujo transcurso acarreta a aplicação de uma sanção predeterminada. A soma dessas sanções pode representar uma importante redução dos pagamentos”⁴⁴².

A vinculação da remuneração do contratado ao cumprimento de certas metas e níveis de qualidade não é uma técnica juridicamente alheia ao regime das contratações administrativas no direito brasileiro. Tanto nos contratos administrativos gerais (Lei n. 8666/93), como nas concessões comuns de serviço público (Lei n. 8987/95), há viabilidade jurídica para atrelar-se a remuneração do contratado ao cumprimento de metas contratualmente estipuladas, no objetivo de incrementar a qualidade e eficiência na prestação de serviços e na execução de obras à Administração.

É verdade que, embora viável, a técnica não é cultuada na prática dos contratos administrativos gerais. São raras as configurações que envolvam variáveis de remuneração baseadas no desempenho do prestador. Talvez assim se passe porque a disciplina da Lei n. 8666/93 esteja configurada a partir de mecanismos que garantem à Administração um efetivo controle sobre os meios empregados pelo contratado para a execução dos contratos, sendo essa (o controle dos meios) uma “filosofia” subjacente ao modelo.

Já, no terreno das concessões, são mais usuais configurações remuneratórias que pressuponham o cumprimento de metas de qualidade e de disponibilidade pelo concessionário. Para além destas, o modelo concessório acolhe técnicas de estímulo à eficiência ao concessionário, como os fatores de reajustamento tarifário do tipo $IPC - X$ ou $IPC - X + Y$ ⁴⁴³, hipótese que pode ser

⁴⁴² COSSALTER, P. “A ‘Private Finance Initiative’”, *In Revista de Direito Público da Economia*, v. 06. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 165.

⁴⁴³ Como já se explicou atrás, com a adoção da fórmula, aplica-se à tarifação um reajustamento segundo um índice geral de preços, limitada a evolução do valor-resultado por um fator

reconduzível à categoria dos mecanismos remuneratórios atrelados ao desempenho do concessionário.

Lembre-se que a disponibilização de certas parcelas do serviço pode constituir-se pressuposto à cobrança de tarifa pelo concessionário, assim como o atingimento de certos níveis de eficiência e qualidade (cumprindo-se metas de universalização, inclusive) pode traduzir condição contratual para a aplicação de reajustamento ou de deflator incidente sobre a receita (tarifária) do concessionário⁴⁴⁴. Além disso, uma via de controle do desempenho do concessionário usualmente adotada na prática das concessões está na previsão de sancionamento a hipóteses de inadimplemento contratual (cuja tipificação pode envolver o cumprimento de metas de disponibilidade e de qualidade do serviço)⁴⁴⁵.

É perceptível, contudo, que a experiência histórica com as concessões no Brasil (desde o seu primeiro ciclo mais recente, a partir das outorgas efetuadas em 1995) prestigiou técnicas repressivas de ajustamento da conduta do concessionário ao alcance de metas de qualidade e de disponibilidade (prevendo-se multas, por exemplo, ao não cumprimento de níveis de disponibilidade e de qualidade). Essa via produz certos efeitos práticos - econômicos e jurídicos - que não podem ser desconsiderados. Por um lado e sob um ângulo econômico, a penalização pecuniária não atinge a receita propriamente do concessionário, mas se revela na criação de novos custos⁴⁴⁶. Isso permite ao concessionário valer-se de estratégias e expedientes protelatórios, pois o ônus não se produz automaticamente (comparativamente a técnicas de aplicação de deflator, por exemplo, ou mesmo à remuneração variável vinculada ao desempenho do prestador), operando efeitos econômicos somente após o desenvolvimento regular de processo administrativo pautado pelas garantias jurídicas inerentes ao regime sancionador. Por outro lado – e sob um ângulo jurídico -, a imposição de penalidade (alternativamente à opção pela redução automática da receita), como providência sancionadora que é, não pode estabelecer-se sem o devido respeito aos princípios e regras inerentes ao

de produtividade, que lhe subtrai um percentual arbitrado pelo Poder Concedente-regulador. Com esta metodologia, persegue-se o aperfeiçoamento da eficiência do prestador-concessionário e, ainda, o compartilhamento dos benefícios com o usuário.

⁴⁴⁴ Veja-se inciso III do art. 23 e inciso X do art. 29 da Lei n. 8987/95.

⁴⁴⁵ Veja-se inciso VIII do art. 23 da Lei n. 8987/95.

⁴⁴⁶ Este aspecto é, ainda, argutamente percebido por MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO e Lucas Navarro PRADO. *Comentários...*, p. 193.

regime jurídico sancionador, que garantem ao concessionário amplo e adequado processo pautado pelas garantias do contraditório e da ampla defesa. Isso importa dissociar o momento da criação do ônus do momento de sua efetiva realização, deslocando a absorção do ônus para momento futuro.

No modelo das PPPs, a técnica pressuposta pelo parágrafo único do art. 6º da Lei 11079/2004 produz alteração de concepção. Por um lado, acolhe-se a dinamização do vínculo entre a remuneração do concessionário e o seu desempenho, em superação à concepção (estática) tradicionalmente vigente, que admite o surgimento dos ônus correspondentes a partir de situações de inadimplemento incorridas pelo contratado. Essa dinamização pode significar (a depender do modelo concretamente adotado pela Administração) uma permanente e evolutiva referibilidade da remuneração a índices de produtividade e metas de eficiência (disponibilidade e qualidade), cujo sistema serve a políticas de estímulos não só repressivos como positivos à conduta do concessionário. Ao mesmo tempo em que se lhe onera a prestação do serviço pelo mau desempenho (criando-lhe ônus ou reduzindo-lhe a remuneração correspondente), admite-se que a ampliação de sua eficiência signifique o incremento de remuneração (produzindo-lhe um bônus). Esse mecanismo, dada sua amplitude e flexibilidade, pode servir nos casos concretos a vestir políticas regulatórias mais interessantes à eficiente e econômica prestação do serviço público (e também de serviços ao Estado, sob a modelagem da concessão administrativa)⁴⁴⁷.

Assim, a depender do uso que se faça deste mecanismo, as PPPs podem funcionar não só a partir de instrumentos de repressão a condutas ineficientes do concessionário, mas também (e principalmente) como um modelo que prestigia técnicas de estímulo a condutas eficientes. Trata-se de uma regra extremamente relevante na composição do modelo PPP e que sintetiza um das vocações mais genuínas desta espécie, qual seja: a busca pela ampliação da eficiência e da qualidade na prestação de serviços de interesse coletivo.

⁴⁴⁷ Tal como anota PHILLIP J. COOPER "...governments these days seek to include incentive and penalty clauses that provide benchmarks to assess performance as well as mechanisms to encourage contractors to exceed those minimum levels and to do so at a lower cost than that absolutely required under the contract. Today, these are generally referred to as performance contracts. In an early time, they were simply called incentive contracts". *Governing By Contract: Challenges and Opportunities for Public Managers*. Washington: CQ Press, 2003, p. 98.

A imposição, portanto, do risco de qualidade e do risco de disponibilidade ao parceiro privado, a partir de um sistema remuneratório estruturado por metas e parametrização dinamicamente condicionantes da receita do parceiro privado, estará presente, como regra, na configuração das concessões patrocinadas e das concessões administrativas, pela aplicação do parágrafo único do art. 6º da Lei Geral de PPPs.

A aferição-avaliação acerca do desempenho do parceiro privado para fins do controle da remuneração correspondente deve pautar-se em critérios objetivos estipulados no Edital e no contrato de PPP, tal como prescrito pelo inciso VII do art. 5º da Lei 11079/2004. Esta é uma questão de não pequena importância, pois se relaciona com o dimensionamento da margem de discricionariedade da Administração, o que produz efeitos diretos nos custos de transação. Quanto maior o nível informacional presente no contrato de PPP, e quanto menor a (ainda que previsível) interferência discricionária do Poder Público na execução da parceria, tanto menor serão os custos transacionais relacionados à assinatura do ajuste.

Logo, não só no que tange aos critérios e fatores de aferição do desempenho do parceiro privado, mas, também, no que refere aos procedimentos de fiscalização e controle, é exigida previsão específica e minuciosa no Edital e no contrato, disponibilizando-se todas as informações pertinentes ao parceiro privado⁴⁴⁸. Além disso, os critérios devem ser configurados de modo objetivo (evitando-se avaliações baseadas em excessiva margem de discricionariedade) e os procedimentos de aferição e análise dotados de suficiente transparência.

6.3.2 A Contraprestação da Administração Será Obrigatoriamente Precedida da Disponibilização do Serviço

Segundo o art. 7.º da Lei n. 11079/2004, a contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada, sendo facultado (como se ressalva no parágrafo único deste artigo), nos termos do contrato, à Administração efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível daquele.

⁴⁴⁸ Vide incisos VII e XIII do art. 23 e art. 30 da Lei n. 8987/95.

Esta regra tem por finalidade assegurar a participação exclusiva do capital privado na implementação da infra-estrutura necessária à disponibilização do serviço. Restam proscritos, daí, os subsídios estatais na etapa do financiamento necessário à disponibilização do serviço (ou de parcela fruível do serviço). A participação do parceiro público na remuneração do concessionário só deverá efetivar-se na fase de prestação do serviço (após sua disponibilização), quando a infra-estrutura estará apta ao funcionamento e à gestão pelo concessionário.

A restrição revela o acolhimento de um certo modo de financiamento de empreendimentos públicos, evitando que a Administração desembolse recursos para o implemento das obras necessárias à gestão-operação do serviço. Quis o legislador reservar a aplicação dos recursos públicos ao subsídio ou ao custeio do *serviço* propriamente, fazendo pesar sobre o concessionário o financiamento da *infra-estrutura* necessária à sua fruição. A condição que autoriza o implemento da contraprestação do parceiro público será a disponibilização de parcela fruível do serviço.

Com isso, concebe-se um modelo de financiamento de obras públicas distanciado daquele inerente à disciplina dos contratos administrativos gerais (Lei n. 8666/93). Ao se atrelar a possibilidade de contraprestação pública à disponibilização do serviço pelo parceiro privado, evita-se que a etapa de execução de infra-estrutura necessária à prestação do serviço funcione na base de um contrato de obra regido pela Lei n. 8666/93, a partir do custeio das parcelas pela Administração⁴⁴⁹. Esta regra ganha relevância na estruturação da concessão administrativa, que só se justifica como técnica concessória de financiamento de empreendimentos públicos desde que ao capital privado incumba a realização da infra-estrutura necessária à prestação do serviço (dissipando-se a pressão financeira quanto ao pagamento correspondente às obras de infra-estrutura ao longo do período de prestação do serviço).

Um possível subproduto desta regra (informada também pela lógica da distribuição dos riscos segundo a condição de cada parte em melhor administrá-los)

⁴⁴⁹ Esta disciplina se afigura uma peça fundamental na configuração da concessão administrativa de serviços ao Estado. A sua desconsideração poderia encorajar o uso da concessão administrativa como um modelo de contrato misto que se prestasse a configurar uma mera combinação-adição de um contrato de obra + contrato de prestação de serviços, fugindo-se à lógica da fusão de prestações para viabilizar um modo específico de financiamento dos empreendimentos públicos e serviço de interesse coletivo.

estará em transferir o *risco de construção* integralmente ao parceiro privado. Ao se evitar a integração de recursos públicos na etapa de implementação da infraestrutura, reserva-se, como regra, ao parceiro privado os riscos de execução das obras inerentes⁴⁵⁰. Esta regra, combinada com a disposição do inciso III do § 4º do art. 2º da Lei Geral de PPP, retrata uma técnica regulatória voltada à otimização da eficiência e qualidade na construção da infra-estrutura. Os riscos de qualidade no tocante à execução das obras serão absorvidos pelo próprio parceiro privado, encarregado de sua exploração subsequente (a quem incumbirá valer-se da infra-estrutura à prestação dos serviços por período mínimo de 5 anos). Assim, a qualidade da construção implementada pelo parceiro privado se refletirá em maiores ou menores custos absorvidos por si durante o período de prestação dos serviços. Busca-se com isso transferir à racionalidade econômica do concessionário a administração mais eficiente dos riscos de construção, que se associam aos encargos de manutenção da infra-estrutura sob sua responsabilidade.

6.3.2.1 O que deve ser entendido como contraprestação para a interpretação do art. 7º da lei n. 11079/2004?

É preciso, contudo, bem demarcar o significado da expressão “contraprestação” veiculada pelo dispositivo, uma vez que nem todas as obrigações contraídas pelo parceiro público na sede de uma PPP serão assim qualificáveis.

A dúvida que se suscita neste particular decorre da leitura conjugada dos artigos 6º e 7º da Lei n. 11079/2004, que poderia autorizar o raciocínio jurídico de que todos aqueles negócios jurídicos relacionados como formas de contraprestação pelo art. 6º seriam sempre assim qualificados para fins de interpretar-se a vedação contida no art. 7º a que as “contraprestações” do parceiro público se realizem antes da disponibilização de (ao menos) parcela fruível do serviço pelo parceiro privado. Dada a ampla variedade de negócios contemplados no art. 6º como formas de contraprestação, o acolhimento de interpretação absolutista da regra do art. 7º conduziria a inviabilizar em todos os casos o implemento de prestações pelo

⁴⁵⁰ Na experiência europeia, o risco de construção é geralmente atribuído ao parceiro privado, como indica o documento *Diretrizes para Parcerias Público-Privadas bem-sucedidas*, produzido pela Comissão Europeia. Março de 2003. http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides / PPPguide.htm.

parceiro público antes da disponibilização do serviço, ainda quando estas tiverem a natureza de providências meramente instrumentais à realização de certos objetivos da parceria pelo parceiro privado.

Penso que providências de caráter instrumental à realização dos escopos da parceria (e ao cumprimento das obrigações pelo parceiro privado) incumbidas ao parceiro público não podem ser reconduzidas ao conceito de contraprestação para fins da exegese do art. 7.º da Lei n. 11079/2004. A noção de contraprestação, tal como veiculada pela norma, deve ser entendida como pagamento efetuado pelo parceiro público ao cumprimento de certas obrigações pelo concessionário. A própria dicção do art. 7.º reforça esse sentido do termo. Logo e por isso, não estarão abarcadas nesta expressão prestações meramente instrumentais e acessórias ao cumprimento de obrigações contratuais pelo parceiro privado, que se destinem a viabilizar (material e tecnicamente) os escopos da parceria, mas tão-somente aquelas que revelem a função de recompensá-lo financeiramente pelo cumprimento dos encargos contratuais.

O reconhecimento desta distinção entre o cumprimento pelo parceiro público de meras providências instrumentais à realização dos escopos da PPP e a realização de contraprestações ao parceiro privado é fundamental para a compreensão da vedação contida no art. 7.º da Lei n. 11079/2004. Vale dizer: nem todas as prestações assumidas pelo parceiro público (e que perfaçam os tipos negociais relacionados no art. 6.º) em contratos de PPP serão tecnicamente “contraprestação” para fins da interpretação do artigo 7º. Muitas vezes as obrigações do parceiro público não traduzem a idéia de pagamento pelo cumprimento a obrigações contratuais, mas providências-meio a que os escopos da parceria possam viabilizar-se tecnicamente.

Assim e por exemplo, a cessão do direito do uso de certos bens pode ser uma providência jurídica (um negócio jurídico) acessória e instrumental à implementação de certa infra-estrutura pelo concessionário ou à prestação mesmo do serviço público. Muito embora este *ato* possa ser em tese qualificado como uma forma de contraprestação prevista pelo art. 6.º da Lei Geral de PPPs, na hipótese cogitada não se terá uma *contraprestação*, mas mera prestação-meio a que o parceiro privado possa cumprir tecnicamente os escopos da parceria.

Essa mesma orientação é proposta por MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO, para quem é a finalidade da transferência o critério a ser utilizado para a definição de quais direitos, bens etc. podem ser trespassados ao parceiro privado antes da disponibilização do serviço: “Se a finalidade da transferência consistir em viabilizar tecnicamente a própria prestação do serviço, então, não constitui contraprestação pública – e pode, portanto, ocorrer antes da disponibilização do serviço”⁴⁵¹.

O mesmo raciocínio poderá ser utilizado para incumbências do parceiro público assumidas em contrato de PPP no tocante à implementação de certos negócios acessórios ou alternativos à concessão (mas que lhe são financeiramente vinculados a título de fonte alternativa de receita), como previsto no art. 11 da Lei n. 8987/95.

Se é inegável que o mecanismo de receitas alternativas é admitido pelo regime da concessão patrocinada (uma vez que a Lei n. 8987/95 aplica-se supletivamente à concessão patrocinada), é certo que determinadas obrigações assumidas pela Administração neste campo podem esbarrar na vedação a que contraprestações sejam efetuadas antes do parceiro privado disponibilizar (ao menos) parcela fruível do serviço. Deve-se verificar, então, se as prestações assumidas pelo Poder Público nos projetos associados ou como fontes alternativas de receita não se caracterizam como “contraprestação” para fins da aplicação da regra do art. 7.º da Lei n. 11079/2004.

Neste propósito, o mesmo critério referido acima servirá a orientar a interpretação dos casos concretos. Trata-se de afirmar que a função revelada pela obrigação assumida pelo parceiro público será determinante para caracterizá-la como contraprestação ou como mera providência-meio, com função primordial de viabilizar tecnicamente as obrigações do parceiro privado. Se a receita alternativa se traduzir na execução de prestações que não revelem essa feição, sendo mesmo prestações que carreguem em si outras oportunidades lucrativas ou benefícios patrimoniais (como uma cessão de direitos creditórios ou de uso de certo bem público isoladamente outorgado), esbarrará na restrição inscrita na Lei de PPP.

⁴⁵¹ *Comentários...*, p. 197.

CAPÍTULO IV

A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

1 CARACTERIZAÇÃO

A concessão administrativa é um modelo contratual novo no direito brasileiro; novo na acepção de não ser mera reprodução legal de tipos sociais⁴⁵² vigentes no terreno da contratação administrativa. Enquanto a concessão patrocinada já tinha cabimento na experiência prática, apoiado na exegese do art. 11 da Lei n. 8987/97, o tipo da concessão administrativa, pelo menos no que pressupõe atividades distintas do serviço público (na sua modalidade aplicável a serviços gerais ao Estado e a serviços sociais), configura um modo inédito de arranjar os ajustes no plano da contratação administrativa. Até porque sua hipótese fática encontrava óbice jurídico inferido do art. 7.º, da Lei n. 8666/93, que veda a inclusão, no objeto do *contrato administrativo de serviços*, da obtenção de recursos financeiros para o financiamento da prestação. Outra restrição desde sempre inferida da Lei de Contratos Administrativos Gerais repousa sobre a conjugação de objetos, sendo (como regra) inviável naquela espécie de arranjo (submetida ao regramento da Lei n. 8666/93) a acumulação de prestações distintas, as quais podem ser submetidas a processos independentes de seleção de contratantes, alcançando-se em cada caso a obtenção da proposta mais vantajosa.

A partir, então, de necessidades econômicas e financeiras da Administração no tocante à forma de arranjar ajustes para a execução de projetos estruturantes, surgiram as PPPs e, mais especificamente, a concessão administrativa, como via para alargar o seu espectro de possibilidades negociais. A concessão administrativa surge como decorrência da aplicação da lógica concessória a prestações (serviços e

⁴⁵² Os tipos sociais ou extra-legais decorrem muitas vezes da criatividade negocial dos operadores práticos, quando sistematicamente repetidas, não encontrando exata correspondência num tipo legal (no repertório de tipos jurídicos). PEDRO PAIS DE VASCONCELOS explica que “Se a cada tipo contratual corresponde geralmente um tipo contratual social que lhe está na origem, os tipos sociais podem ter, ou não, tipos legais correspondentes. Os tipos sociais são em maior número que os tipos legais, pois que se os há que foram recebidos pela lei, outros e não poucos há os que não têm correspondente de entre os tipos legais. Tal sucede, ou porque se trata de tipos de configuração recente que o legislador ainda não recebeu, ou porque se trata de tipos que o legislador não considerou necessário ou útil receber”. Há ainda tipos legais que não encontram paralelo na prática, na acepção de que não decorreram de um reiterado recurso por contraentes a determinado modelo de ajuste. Isso se verifica quando o direito cria pioneiramente certo modelo de contrato de molde a cumprir certas finalidades. Talvez seja este o caso da concessão administrativa, com nuances fortemente influenciadas por concepções já vigentes no estrangeiro. P. 59 e 60.

obras) tomadas direta ou indiretamente pela própria Administração. Por um lado, estende a lógica concessória a *atividades juridicamente incompatíveis com o sistema tarifário*, e, de outro, disponibiliza à Administração via para o custeio integral do *serviço público tarifável* por contraprestações públicas.

Sob um certo ângulo, é correto dizer-se que as concessões administrativas implicam a importação do *modelo organizaconal* (próprio das concessões de serviço público) a contratações antes modeladas segundo o esquema tradicional dos contratos administrativos gerais (com ênfase em obrigações de meio). Em regra, essas concessões implicarão o provimento pelo parceiro privado de uma infraestrutura, decorrendo-lhe, como contrapartida financeira, o direito de sua exploração econômica (mas a partir de remuneração diretamente provida pela Administração). Assim, integrará a remuneração da prestação de serviço também o custo de uma obra previamente executada pelo parceiro privado.

Assim como definida pela Lei Geral de PPP, concessão administrativa é o *contrato administrativo concessório celebrado entre a Administração Pública e terceiro (parceiro privado), que tenha por objeto a prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens*.

A definição legislativa guarda uma diversidade de aspectos que devem ser descortinados pelo intérprete.

1.2 A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA: UM TIPO CONCESSÓRIO

Decompondo-se a definição do instituto, verifica-se tratar-se, primariamente, de um contrato administrativo *concessório*. Como tal, pressupõe um regime comum aplicável às concessões, abrangente também do contrato de concessão comum de serviços públicos e do contrato de concessão patrocinada. A natureza concessória da concessão administrativa atrai-lhe postulados desse modelo, inscritos na Lei n. 8987/95 - até então reservados à concessão de serviços públicos. Explicitamente, a Lei de PPP submete a concessão administrativa às normas dos artigos 21, 23, 25, 27 e 39 da Lei Geral de Concessões.

Uma questão fundamental, então, está em decifrar o aspecto concessório da concessão administrativa, indagando-se no que implica tomar a concessão

administrativa como *concessão*, expressamente submetida que é àquelas normas específicas da Lei Geral de Concessões.

Não por acaso o legislador das PPPs definiu a espécie como um tipo *concessório*. Até então (até o surgimento do modelo das PPPs), tinha-se, no cenário jurídico-positivo da contratação administrativa, os modelos dos contratos administrativos gerais e das concessões (comuns) de serviços públicos. Bem definidos e conformados a partir de lógicas econômico-financeiras distintas, estes modelos se distanciavam particularmente quanto ao seu objeto e ao modo de retribuição do contratado.

Arranjos submetidos ao regramento dos contratos administrativos gerais pressupõem prestações tomadas *diretamente* pela Administração Pública, do que se conclui serem prestações cuja responsabilidade pelo pagamento repousa exclusivamente sobre o Poder Público. Este modelo tem por objeto prestações (transferíveis) de qualquer natureza, desde que a Administração seja a tomadora dos serviços. Sua lógica econômico-financeira é ortodoxa, na acepção de exigir reserva prévia de recursos para o custeio das prestações, vedando a inclusão no objeto do contrato de vias destinadas ao financiamento das prestações. Funcionam, por isso e como regra, a partir de um esquema de pagamento por medição da prestação, sobrevivendo a obrigação de pagamento pela Administração assim que adimplida a obrigação pelo contratado. A ênfase do modelo repousa sobre o controle de meios, reduzidos que são a autonomia e o risco do prestador. A ausência de liberdade estipulativa no que toca aos meios de financiamento de prestações acarreta-lhes a restrição (como regra) à conjugação de objetos, inclusive sob a orientação de que, segregados, darão ensejo cada qual à seleção de propostas mais vantajosas.

Já o modelo das concessões de serviços públicos, porque envolve a delegação da gestão de serviço público tomado pelo usuário, pressupõe a retribuição do concessionário extraída principalmente da arrecadação tarifária. Além disso, é da engenharia financeira deste formato a transferência de parcelas de risco e de relativa autonomia gerencial ao concessionário. No âmbito desta autonomia, o concessionário provê os meios de financiamento da prestação do serviço público, que é assumido por sua conta e risco (risco de utilização).

O surgimento da concessão administrativa situa-se no meio do caminho entre estes modelos. Aproveita certas características da técnica concessória a atividades que não possam ou que não mereçam (por decisão político-administrativa) submeter-se ao sistema tarifário tradicional. Empresta-se-lhes a engenharia financeira complexa da concessão, na aceção de transferir ao concessionário certa margem para a escolha dos meios (de financiamento, inclusive) à conclusão de obrigações de resultado. Elevam-se o risco e a autonomia no tocante à execução das prestações concedidas. Acolhe-se, ademais, a *complexidade* do objeto como regra, admitindo-se a conjugação de prestações distintas (*obra + serviço* ou *fornecimento + serviço*) como técnica a permitir sua interdependência financeira; persegue-se uma técnica de financiamento de projetos economicamente inter-dependentes, que permita à Administração adimplir o preço da construção de um empreendimento, por exemplo, embutido e diluído no custo (preço) da prestação de serviços associada ao empreendimento (explorável pelo concessionário). Como decorrência da possibilidade de relacionarem-se prestações distintas, têm-se contratos vultosos, de longo prazo, e que, a partir da *filosofia* da distribuição de riscos, podem funcionar como sede para o deslocamento de riscos de construção e de manutenção de certa infra-estrutura ao parceiro privado, que a explorará suportando os riscos derivados da qualidade das instalações e obras por si realizadas.

Portanto e como sintetiza CARLOS ARI SUNDFELD, a opção legislativa pela designação das PPPs como concessões não foi apenas terminológica: “O que se quis foi empregar em novos objetos a estrutura contratual e a lógica econômica dos contratos regidos pela Lei de Concessões. Por isso, os contratos de PPP foram submetidos a essa lei”⁴⁵³.

2 O OBJETO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

O objeto da concessão administrativa envolve prestação de serviços de que a Administração seja usuária direta ou indireta, podendo abranger a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Trata-se, portanto, de definição ampla, que pressupõe a prestação de serviços prestados *diretamente* ou *indiretamente* à

⁴⁵³ “Guia Jurídico...”, p. 33.

Administração. Quando prestados diretamente, serão serviços gerais tomados pela Administração (à semelhança do que se passa com a prestação de serviços regulada pela Lei n. 8666/93). Já quando prestados *indiretamente* à Administração, estarão endereçados diretamente aos administrados, figurando, daí, a Administração como usuária indireta. Nesta hipótese, o objeto da concessão administrativa poderá envolver a prestação de serviços públicos econômicos (passíveis da aplicação do sistema tarifário) ou de outros serviços não-tarifáveis (técnica ou juridicamente) prestados aos usuários, mas tomados (remunerados) pela Administração.

No propósito de melhor descrever as hipóteses possíveis de concessão administrativa sob o ponto de vista de seu *objeto*, é útil dividir a abordagem entre uma análise focada no *regime jurídico* da atividade – cujo critério classificatório centra-se na existência ou não de *delegação* - e outra baseada na sua *natureza técnica*, distinguindo, no âmbito de sua complexidade, as formatações possíveis sob o ângulo da natureza das atividades envolvidas.

No que diz com o exame do objeto a partir do regime jurídico da atividade, proponho uma primeira classificação fundada na existência ou não de *delegação* (o que se tira da qualidade de *usuária direta* ou *indireta* da Administração), distinguindo as espécies da (a) concessão administrativa sem delegação, que envolve o desempenho de serviços administrativos (tomados diretamente pela Administração); e da (b) concessão administrativa por delegação, que abrange a (b.1) concessão administrativa para a delegação de serviços públicos econômicos (tomados indiretamente pela Administração); e a (b.2) concessão administrativa para delegação da gestão de serviços sociais e serviços públicos não-econômicos (tomados indiretamente pela Administração).

No que diz com a complexidade estrutural do objeto da concessão administrativa (critério fundado na natureza das atividades), são distinguíveis os casos de: (a) *prestação de serviços*; a (b) *prestação de serviços precedida da construção de obra pública*; a (c) *prestação de serviços precedida do fornecimento (e instalação) de bens*.

Passo a examinar mais especificamente cada uma destas possibilidades, detendo-me, antes, às espécies de concessão administrativa sob o ângulo do regime jurídico da atividade-objeto.

2.1 CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS (PRESTADOS DIRETAMENTE À ADMINISTRAÇÃO)

A concessão administrativa de *serviços administrativos* tem por objeto atividades que tecnicamente são prestadas diretamente à Administração. Podem envolver serviços de uso restrito pela Administração Pública ou outros de que se utiliza indiretamente a coletividade.

Figure-se o exemplo da concessão administrativa para a construção e manutenção de estabelecimento prisional, associada à exploração de serviços administrativos gerais, como gestão da *hotelaria*, envolvendo atividades de restaurante, lavanderia, limpeza, manutenção da estrutura etc. Tais serviços não podem ser considerados fruíveis pelos administrados, os presidiários, *in casu*, que se põem na condição de custodiados do Estado. Há atividade prestada diretamente à Administração. Outro exemplo está na concessão administrativa para a construção de estabelecimento de educação (e/ou seu aparelhamento), associada à exploração de serviços de restaurante e de manutenção da infra-estrutura. São, por igual, atividades prestadas diretamente à Administração, pressupondo-se a gestão pelo parceiro privado de certas atividades-meio.

Ajustes de concessão administrativa que se enquadrem nesta configuração aproximam-se, no que refere à natureza de seu objeto, à *terceirização* (que se utiliza dos contratos de prestação de serviços regidos pela Lei n. 8666/93). Isso porque, como referido, tais prestações são tomadas diretamente pela Administração, que é a usuária única do serviço.

Em princípio, prestações de qualquer natureza podem ser delegadas pela via da concessão administrativa de serviços administrativos, desde que satisfeitas as exigências à viabilidade jurídica do ajuste de PPP: o prazo de prestação do serviço deverá ser de no mínimo cinco anos, o prazo máximo do contrato de 35 anos e o valor do contrato deverá montar a soma mínima de R\$ 20 milhões. Além disso, tais serviços, como explicado adiante, não poderão restringir-se ao mero fornecimento de mão-de-obra, mas deverão consistir em prestações destinadas ao alcance de certos resultados a partir de uma gestão de utilidades dotada de relativa autonomia pelo parceiro privado. Serão serviços *geridos* pelo concessionário, podendo ainda

estar associados (precedidos de) à execução de obra e/ou ao fornecimento e instalação de bens.

2.1.1 Diferenciação entre a Concessão Administrativa de Serviços Administrativos e o Contrato de Prestação de Serviços Regido pela Lei n. 8666/93

É necessário aprofundar o exame comparativo entre o contrato de prestação de serviços disciplinado pela Lei n. 8666/93 e a concessão administrativa de serviços administrativos.

Um aspecto pressuposto que deve ser referido respeita à *causa-função* de cada uma destas espécies. É preciso bem compreender para que servem estes figurinos (descortinando sua finalidade e utilidade), como soluções contratuais disponibilizadas à Administração para a realização de certos interesses.

Lembre-se que, a depender do modo como a Administração decide arranjar certo ajuste administrativo, sobretudo no que refere à concepção de sua engenharia financeira, ter-se-ão hipóteses subsumíveis a uma ou a outra modalidade (sendo raras as hipóteses de uma situação subsumir-se alternativamente a ambos os modelos). Se é certo que a Administração não dispõe de discricionariedade para eleger o regime jurídico aplicável a certo ajuste previamente delimitado, se concessão administrativa (Lei n. 11079/2004) ou contrato de prestação de serviços (Lei n. 8666/93), certamente detém ampla discricionariedade para conformar faticamente os ajustes, estruturando-os a partir de sua necessidade, inclusive de natureza financeira e fiscal, amoldando-os a um ou a outro tipo (legal) contratual.

Pois a concessão administrativa e o contrato de prestação de serviços são vias que guardam enormes diferenças de função. A concessão administrativa é vocacionada a arranjar contratos *complexos*, que envolvam sempre a prestação de serviço como um objeto associado a outras prestações: fornecimento de bens ou execução de obra. A finalidade desta associação está em submeter ao particular-contratado os riscos da manutenção da obra ou dos bens fornecidos, segundo uma interessante configuração baseada na auto-regulação: ao contratado se impõe explorar a infra-estrutura fornecida ou construída por si, absorvendo os custos de sua manutenção. Logo, os defeitos e desgastes dos bens fornecidos e executados pelo contratado se reverterão em custos durante o período de prestação dos

serviços. Para tanto, funcionará uma concessão administrativa a partir de prazo *mínimo* de prestação do serviço (5 anos), sendo de sua vocação o estabelecimento de prazos alongados.

Dentro dessa concepção, a concessão administrativa funcionará segundo a transferência do *risco de qualidade* ao concessionário, admitindo ainda que sua remuneração esteja atrelada a metas de eficiência e de disponibilidade do serviço. A sua natureza concessória a caracteriza com um ajuste que pressupõe uma relativa autonomia gerencial do contratado, buscando-se a racionalização dos meios e o alcance de maior eficiência segundo critérios de remuneração baseada no desempenho (controle de resultado).

De um ponto de vista financeiro, a concessão administrativa não exige reserva imediata de recursos orçamentários para o custeio do fornecimento de bens ou de execução de obra. Ao contrário disso, as contraprestações da Administração (que podem envolver recursos públicos) só se realizam após a disponibilização de parcela fruível do serviço, donde se exige apenas uma programação quanto a compromissos financeiros futuros. Sua lógica econômico-financeira é, então, a do financiamento da infra-estrutura pelo capital privado, operando-se, do ponto de vista do desembolso de recursos públicos, a distribuição do custeio da obra ou dos bens fornecidos por todo o período da prestação dos serviços.

Já os contratos de prestação de serviços se prestam a vestir ajustes mais simplificados, que obedecem como regra à unicidade de objeto (sendo avessos à idéia de conjugação de prestações diversas). É que sua vocação está em atender necessidades *ordinárias* da Administração, como serviço de limpeza de edifício público, serviço de varrição de ruas etc. A necessidade pressuposta é exclusivamente do serviço, donde não haverá bens reversíveis ou adquiríveis pela Administração. Uma premissa aplicável generalizadamente à aquisição de prestações ordinárias pela Administração está no parcelamento de objetos autônomos, buscando-se o alcance de economicidade nas contratações administrativas (§ 1º do art. 23 da Lei n. 8666/93).

Dada a ausência de complexidade (e de conjugação de prestações com vistas a cumprir um modo peculiar de financiamento de bens), serão aqueles contratos de curta longevidade, e que funcionarão a partir da reserva de recursos

orçamentários ao custeio das prestações, encerrando uma formatação convencional no que diz com o financiamento do objeto do contrato.

Estas diferenças de vocação de cada uma destas vias se retratam no modo como seus regimes jurídicos particulares estão modelados.

Enquanto a concessão administrativa exige investimentos mínimos aportáveis pelo concessionário (exegese do inciso I do § 4º do art. 2º) para a implementação da infra-estrutura (como etapa prévia à disponibilização e execução do serviço) - admitindo que sua configuração envolva, inclusive, o agente-financiador do objeto do contrato -, os contratos administrativos de prestação de serviços funcionam a partir do custeio das prestações mediante reserva de recursos públicos, sendo vedada a inclusão no seu objeto de mecanismos para o seu financiamento. Elimina-se, com isso, a possibilidade de integrar-se na relação jurídica a figura do financiador do projeto (admitida pelo regime da concessão administrativa) e o uso do capital privado para o custeio dos empreendimentos

Essa diferença se reflete, ainda, no regime dos prazos: enquanto o regime jurídico da concessão administrativa lhe impõe prazo mínimo de prestação do serviço fixado em 5 anos (e um prazo máximo de 35 anos), o regime dos contratos administrativos de prestação de serviços vincula sua vigência à dos créditos orçamentários, limitando-lhe o prazo, para contratos de prestação continuada, a 60 meses.

No tocante ao modo de gestão, o regime da concessão administrativa reserva certa autonomia gerencial ao concessionário, como se tira da inteligência do inciso III do § 4º art. 2º da Lei n.º 11079/2004, admitindo, ainda, que sua remuneração possa variar de acordo com o seu desempenho. Nos contratos administrativos gerais, é comum acolher-se uma disciplina rígida quanto ao controle dos meios, limitando-se o espaço de gestão do contratado; os contratos administrativos gerais funcionam na base de pagamento por medição, conforme preço fixo previamente estipulado em contrato.

Uma peculiaridade do tratamento jurídico da concessão administrativa, relacionada à temática à autonomia da gestão, está na ausência de precedência de *projeto básico* ao desencadeamento do processo de licitação. Diversamente dos contratos administrativos ordinários – submetidos à exigência de projeto básico por força do inciso do § 2º do art. 7º da Lei n. 8666/93, que deverá ajustar-se aos

requisitos impostos pelo inciso IX do art. 6º da mesma Lei –, aos contratos de concessão administrativa (ainda quando envolvam a execução de obra) deverão ser disponibilizadas pela Administração apenas os “elementos do projeto básico” (inciso XV do art. 18 da Lei n. 8987/95). A lógica, aqui, está em deslocar ao parceiro privado certa responsabilidade pela confecção dos aspectos mais específicos do projeto, visto ser ele quem arcará com os riscos inerentes à execução e exploração do empreendimento.

Do ponto de vista da alocação de riscos, os contratos administrativos gerais, por constituírem prestações mais simplificadas (e executáveis em curto período de tempo), têm sua álea extraordinária sob a tutela da equação econômico-financeira do contrato, tendo a Administração o dever jurídico de recomposição dos preços na medida em que se verifique o rompimento do equilíbrio contratual motivado por evento superveniente (à celebração do contrato ou à apresentação das propostas na licitação) e extraordinário (art. 65 da Lei n. 8666/93). Já a concessão administrativa, dada sua longevidade e complexidade, poderá admitir a repartição em contrato dos riscos entre parceiro público e parceiro privado, inclusive daqueles extraordinários (inciso VI do art. 4º e inciso III do art. 5º da Lei n. 11079/2004).

2.2 CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA A DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ECONÔMICOS (TOMADOS INDIRETAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO)

Uma outra modalidade de concessão administrativa envolve como objeto os serviços públicos tarifáveis ou econômicos. Há, aqui, plena condição técnica de operar-se a concessão comum de serviços públicos ou a concessão patrocinada, mas por uma decisão política do Estado opta-se pela desoneração dos usuários do serviço, com financiamento inteiramente custeado pela Administração.

Nesta hipótese, configurará um ajuste cujo objeto é em tudo similar à concessão comum de serviços públicos, na acepção de envolver a delegação da gestão de um serviço público pelo parceiro privado, que o prestará diretamente aos usuários. A Administração figurará aqui como usuária indireta. O diferencial desta espécie de concessão administrativa relativamente à concessão comum de serviços públicos está em que a remuneração naquela não advirá do pagamento de tarifas

pelos usuários, mas será provida pela Administração, podendo, ainda, envolver fontes alternativas de custeio (art. 11 da Lei n.º 8987/95).

Na concessão administrativa de serviços públicos, haverá *delegação*. A ressalva não é inútil, porquanto uma falsa percepção que pode ocorrer a uma ligeira interpretação da Lei n.º 11079/2004 é a de que o custeio do serviço pela Administração importará inadmitir a sua prestação *em nome* do concessionário, eliminando-se então a figura da delegação. Mas assim não é, uma vez que tanto na concessão administrativa de serviços públicos como na concessão comum de serviços públicos a gestão do serviço é transferida do domínio da Administração para o concessionário, absorvendo esse toda a responsabilidade decorrente da autonomia de gestão que produz o oferecimento do serviço público ao usuário. Ou seja: o concessionário atua aqui em posição jurídica própria em face dos usuários, ainda que a Administração figure como usuária indireta para fins de remuneração da concessão.

Esta modalidade de concessão administrativa retrata uma aplicação da técnica do *shadow toll* ou *pedágio-sombra*, modelo concessório praticado em países como Inglaterra, Finlândia, Portugal⁴⁵⁴ e Espanha⁴⁵⁵. O modelo funciona a partir de uma remuneração variável baseada no risco de utilização. A Administração remunera o concessionário mediante o pagamento de valores que retratam o uso da infra-estrutura pelos usuários. Há uma simulação do sistema tarifário, substituindo-se a Administração aos usuários no papel de remunerar a utilização do serviço público. Mantém-se com a técnica um regime de risco aproximado às concessões comuns de serviço público.

Mas o regime de remuneração na concessão administrativa de serviços públicos não necessariamente pressuporá o sistema do pedágio-sombra. Não será

⁴⁵⁴ O modelo do pedágio-sombra foi introduzido em Portugal a partir da edição do Decreto-Lei n. 267/97, em que se concede a concepção, conservação e exploração de auto-estradas mediante remuneração provida exclusivamente pelo poder concedente. São as batizadas concessões SCUT (sem custo para o utilizador).

⁴⁵⁵ Em Espanha, a Lei 13/2003 acolheu essa técnica de remuneração no âmbito da concessão de obra pública. O artigo 246.4 desta Lei estabelece que “La retribución por La utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en el forma prevista en el Pliego de cláusulas administrativas particulares”. Uma experiência com o pedágio-sombra, ainda antes do advento da Lei 13/2003 (que disciplina a concessão de obra pública), foi a concessão para a construção, conservação e exploração da Rodovia do Nordeste (Desdobramento C-415) de Murcia. Para uma análise (inclusive sob o ângulo contábil) acerca desta concessão, veja-se PINA, Vicente e TORRES, Lourdes. *La Iniciativa Privada en El Sector Público: Externalización de Servicios y Financiación de Infraestructuras*. Madrid: Aeca, 2003, p. 73 e seguintes.

inviável que uma concessão administrativa de serviços públicos se modele a partir de sistemas mistos de retribuição do concessionário, em que se conjugará remuneração baseada no risco de utilização com prestações fixas providas pela Administração, ou mesmo a partir de sistema remuneratório em que se prescindia do risco de utilização, funcionando a retribuição do concessionário na base de pagamentos fixos ou parametrizados por outras variantes. Desde que haja delegação do serviço público econômico sem a incidência do modelo tarifário tradicional (sem a cobrança de tarifa dos usuários), se estará diante de uma concessão administrativa de serviços públicos.

2.3.1 Concessão Administrativa para Delegação da Gestão de Serviços Sociais e Serviços Públicos Não-Econômicos (Tomados Indiretamente pela Administração)

Esta modalidade de concessão administrativa presta-se a arranjar ajustes que tenham por objeto o desempenho de *serviços sociais* pelo concessionário, com delegação do controle gerencial sobre esta atividade. Há, nesta hipótese, uma configuração triangular da relação jurídica de concessão, envolvendo parceiro público, parceiro privado e usuário do serviço. Assim como ocorre na concessão administrativa de serviços públicos, as atividades objeto são tomadas pela Administração *indiretamente*, na qualidade de usuária indireta, pois estão diretamente endereçadas aos usuários.

Uma peculiaridade desta espécie, no que toca ao objeto concedido, está em que as atividades não se constituem serviço público na acepção técnica do termo, mas serviços sociais. Para alguma doutrina que convencionalmente atribui o rótulo de serviço público àquelas atividades (quando prestadas pelo Estado), deve-se reconhecer que não se trata então de *serviço público econômico*, mas de *serviço público social*, isto é: a que a Carta constitucional reservou o regime de prestação sob gratuidade.

Portanto, seja considerado *serviço público social* ou *serviço social*, o que é de relevo está em notar o regime de prestação sob gratuidade que marca esta espécie de atividade. Sendo gratuito, e sendo dever do Estado seu fornecimento à coletividade, o desempenho destes serviços, envolvendo a delegação de sua

gestão, poderá ser trespassado à esfera privada mediante contratos de concessão administrativa.

Duas hipóteses mais evidentes podem ser lembradas a configurar ajustes de concessão administrativa neste terreno: o trespasse da gestão de *atividades de saúde* e da gestão de *atividades educacionais*. São serviços a que a Constituição reservou a gratuidade da prestação (relativamente ao usuário), como se infere do § 1º. do art. 198 e do inciso IV do art. 206. Bem por isso, não são considerados passíveis do sistema concessório convencional. Mas o surgimento da concessão administrativa traz nova alternativa no que diz com o seu modo de prestação, viabilizando a gestão descentralizada (à atividade privada) daquelas atividades, que, titularizadas pela Administração, estão marcadas por uma missão de universalização e socialização.

Diversas configurações poderiam ser examinadas relativamente a ajustes desta espécie, especialmente quanto às variantes de risco, ao modo de remuneração, a abrangência do escopo transferido etc. O fundamental, contudo, é perceber que estes modelos importam a transferência da *gestão* do serviço social, configurando uma espécie de gestão descentralizada daquelas atividades. Por isso e segundo a classificação adotada neste trabalho, a concessão administrativa de (gestão de) serviços sociais não se identifica com a concessão administrativa de serviços administrativos, em que as atividades são tomadas diretamente pela Administração. Naquela, a Administração põe-se como usuária indireta, configurando-se daí uma relação triangular: parceiro público, parceiro privado e usuário. Esta divisão não é apenas de cunho taxonômico, mas decorre da distinção de tratamento jurídico às hipóteses, ante a existência da delegação da gestão do serviço na segunda hipótese, o que inexistente na concessão de serviços administrativos.

Deve-se retomar, nesse passo, a noção de *delegação* tal como empregada acima, usualmente referida como um dos principais traços distintivos entre a concessão (Lei n. 8987/95) e a contratação de serviços pela via da terceirização (Lei n. 8666/93).

Uma concessão administrativa para delegação de serviços sociais importará transferir ao concessionário um controle gerencial sobre a operação (ainda que submetidos ao controle fiscalizatório e regulatório mais abrangente exercido pelo

parceiro público ou por ente que titularize tal atribuição, como uma agência independente), fixando uma posição jurídica própria do concessionário em face dos usuários. Há a responsabilização do concessionário-parceiro privado em face do usuário, pois aquele assume a prestação do serviço em nome próprio⁴⁵⁶. A Administração, aqui, figura como usuária indireta do serviço, na acepção de ser a pagadora pelas prestações organizadas e gerenciadas pelo parceiro privado. O fato de o custeio sobre a operação (que poderá manter-se atrelada a variantes de risco de utilização) trasladar-se dos usuários para a Administração não é razão bastante para eliminar a figura da delegação. Penso que esta modalidade deve ser examinada a partir da existência de delegação da gestão do serviço, porquanto todos os seus efeitos jurídicos estão presentes: há controle sobre a gestão dos serviços pelo parceiro privado, assim como sua responsabilização perante o usuário.

Todavia, não é pacífico o acolhimento da delegabilidade dos serviços sociais (inclusive porque supõe a transferência de atividades-fim da Administração). Dada importância da questão na termática da concessão administrativa, cabe aprofundar o exame.

2.3.1.1 A delegabilidade da gestão de serviços sociais: em especial, a delegação de serviços de saúde e educação

Não duvido da possibilidade de trespassar a *gestão* de atividades relacionadas a serviços sociais ao setor privado, apesar de seu cabimento não ser tranqüilo na doutrina. Analisarei, a seguir, sumariamente, duas hipóteses específicas de transferência da gestão de serviços sociais, que suponho serão mais recorrentes à aplicação do modelo concessório: a concessão (administrativa) de serviços sociais de saúde e a concessão (administrativa) de serviços sociais de educação.

A Constituição é clara ao dispor a saúde como dever do Estado (art. 196). No artigo 197, estabelece que estes serviços – assim chamados de “relevância pública” – serão controlados e regulamentados pelo Estado, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa jurídica de direito público ou privado. Dessume-se da norma a existência de dois campos mais

⁴⁵⁶ Lembre-se que o art. 25 da Lei n. 8987/95, que prescreve a responsabilização da concessionária inclusive em face dos usuários, é expressamente estendido à concessão administrativa, como reza o art. 3º da Lei n. 11079/2004.

abrangentes no que respeita à prestação de prestação de serviços de saúde: o âmbito da prestação do serviço de saúde como dever do Estado, e o âmbito da “livre” prestação do serviço de saúde pelos particulares. Costuma-se diferenciar as hipóteses, reconhecendo no primeiro caso a saúde como um “serviço público” e, no segundo, a saúde como atividade econômica desempenhada “livremente” pelos particulares, ainda que fortemente regulada pelo Estado.

No terreno da prestação pública (pelo Estado) do serviço de saúde, há, por igual, espaço para a participação *complementar* dos privados, integrada no Sistema Único de Saúde (SUS), referido em traços gerais pelo artigo 198, conformado a partir da edição da Lei n. 8.080/90 e complementado pela Lei n. 8.142/90. Como se nota dos termos do § 1º do art. 199 da Constituição, “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. É da dicção do art. 8º da Lei n. 8.080, ademais, que se infere a possibilidade da participação complementar dos privados nas ações e serviços de saúde do SUS, alternativamente à sua prestação direta pelo Estado.

Tira-se dos dispositivos referidos a possibilidade jurídica da participação complementar dos privados na execução de serviços de saúde pela via do contrato de direito público ou convênio, sendo que a contratação pelo SUS de serviços de saúde de pessoa com fins lucrativos será formalizada mediante *contrato administrativo*, como se depreende do inciso III do § 2.º do art. 3.º da Portaria n.º 358/GM de 22 de fevereiro de 2006.

Até o advento da Lei das PPPs, a colaboração dos privados nesta seara dava-se tão-somente mediante contratos administrativos gerais de prestação de serviços, regidos pela Lei n.º 8666/93. Mas o novo modelo da concessão administrativa, como contrato administrativo que é, pode servir a instrumentar ajustes mais complexos e abrangentes neste terreno, incumbindo-se o parceiro privado quanto à concepção, construção, financiamento e exploração de estabelecimentos de saúde, com formatação semelhante ao que ocorre em outros países.

É indubitoso que a modalidade de participação complementar no SUS prevista pela Constituição e pelo direito infraconstitucional abriga a possibilidade de

conceder a construção e exploração de estabelecimentos de saúde, delegando-se por esta via a própria gestão de hospitais e casas de saúde públicos. E um contrato concessório desta natureza importaria mesmo na *delegação* da gestão, traduzindo uma relação entre parceiro público e parceiro privado assemelhada àquela que vincula o poder concedente e o concessionário de serviços públicos delegados. Aliás e como já anotou FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, “o particular que presta serviços complementares ao SUS é um delegatário de serviço público (em regime distinto das delegações previstas no artigo 175 da Constituição, é verdade). Apenas o que ocorre é que o utente (usuário) do serviço não é o pagador direto, substituído que é pelo poder público, em um modelo próximo daquele das parcerias público-privadas (PPPs), hoje chamado “usuário único”⁴⁵⁷.

Logo, parece-me constitucionalmente autorizada a delegação da gestão de estabelecimentos de saúde (precedida de sua construção) no bojo de contratos de concessão administrativa.

A possibilidade de empresas privadas atuarem como gestora de estabelecimentos hospitalares abrangendo a prestação dos serviços médicos inerentes, integrando-se esse escopo numa parceria mais abrangente, envolvendo a concepção e construção da infra-estrutura necessária, não é um formato estranho à experiência internacional⁴⁵⁸. Poderia ser lembrado aqui o caso português⁴⁵⁹, que

⁴⁵⁷ “Público e Privado no Setor de Saúde”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 9. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 118.

⁴⁵⁸ A delegação de serviços de saúde, no bojo de ajustes de PFIs (Private Finance Initiative), é admitida no Reino Unido, mas não sem despertar certa desconfiança por parte dos investidores quanto à viabilidade desta delegação. Uma nota relaciona à lei sobre o financiamento privado do serviço nacional de saúde (National Health Service – Private Finance – Act 1997) – assinala PHILLIPE COSSALTER – é indiciária desta desconfiança dos investidores do serviço nacional de saúde que, como todas as pessoas criadas por lei, somente pode exercer e delegar uma função pública mediante uma autorização pública: “Esta lei satisfaz um compromisso do manifesto do partido trabalhista à eleição geral de 1997 de eliminar toda a dúvida sobre os poderes de um *trust* NHS para produzir um contrato sob a iniciativa para o financiamento privado (PFI), que foi introduzido em 1992 para garantir uma fonte suplementar de financiamento para o serviço nacional de saúde... O poder de produzir contratos PFI não é explicitamente mencionado pela legislação institutiva dos trusts NHS, o que tinha sido um tema de inquietude para eles e para os investidores. A possibilidade de produzir um ato regulamentar foi explorada (em virtude da habilitação geral de delegar prevista na lei sobre desregulamentação e delegação de 1994), mas os bancos e outros estabelecimentos de crédito fizeram claramente saber que apenas uma lei afastaria sua inquietação”. COSSALTER, Phillipe. “A Private Finance Initiative”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 06. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 157 e 158.

⁴⁵⁹ VITAL MOREIRA, em exame sobre a reforma institucional de serviços de saúde em Portugal, aponta, além da (a) empresarialização de hospitais públicos (com estatuto de sociedades comerciais públicas, sujeitas a um regime virtualmente mercantil), da (b) previsão de recursos mais frequentes à entrega de estabelecimentos públicos do SNS à gestão privada, e (c) do recurso mais frequente à aquisição de serviços a entidades privadas por parte do SNS (generalizando o regime

admite o estabelecimento de parcerias público-privadas na área da saúde mediante instrumentos concessórios, como (entre outros) o contrato de gestão. E seu escopo pode abranger desde a concepção, construção e financiamento, como a conservação e exploração dos estabelecimentos, como se depreende do item 2 do art. 2.º do Decreto-lei n.º 185/2002 - que definiu o regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamentos privados⁴⁶⁰. Este modelo é abrangente, sendo que o conjunto de atribuições envolvidas na gestão privada não se delimita a atividades secundárias ou serviços exclusivamente administrativos, e de mero apoio ao desempenho do serviço público, mas abarca, inclusive, a própria prestação do serviço (público) de saúde⁴⁶¹. Há, no caso português, verdadeira delegação da gestão destes serviços sociais.

Penso, pois, que a concessão administrativa de serviços sociais pode ser um modelo apto a vestir arranjos equivalentes àqueles tratados pelo contrato de gestão português, permitindo-se não só encarregar o parceiro privado da construção (e, eventualmente, da própria concepção) de estabelecimentos hospitalares, mas, inclusive, de sua gestão, abrangente do desempenho dos próprios serviços médicos-hospitalares.

Assim como ocorre com os serviços sociais de saúde, os serviços de educação estão delimitados pela Constituição em dois campos mais abrangentes: serviço de educação como dever do Estado (art. 205) e serviço de educação de livre

das “convenções”), (d) “a possibilidade de construção e exploração de novos hospitais do SNS por entidades privadas, em regime de concessão no sistema BOT (*build, operate, transfer*). “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 05. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 103 a 139.

⁴⁶⁰ O diploma sofreu alterações pelo advento do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril, e do Decreto-Lei n.º 141/2006 de 27 de Julho de 2006. Vale agregar que as formas de remuneração da entidade gestora em contrato de gestão de estabelecimento hospitalar são definidas no direito português pelo (art. 18 do) Decreto-Lei n.º 185/2002 de 20 de Agosto (alterado pelo artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 86/2003 de 26 de Abril), como uma ou mais das seguintes modalidades fixadas no contrato de gestão: a) Mediante um valor per capita fixado para a população abrangida pelo estabelecimento; b) De acordo com uma tabela de preços específica para as prestações de saúde realizadas; c) Através de um valor global para o conjunto de prestações de saúde; d) Outra modalidade de pagamento a fixar no caderno de encargos específico.

⁴⁶¹ Conforme disposto no art. 8º do Decreto-Lei n.º 185/2002 de 20 de Agosto: “1 - O contrato de gestão tem por objecto principal assegurar as prestações de saúde promotoras, preventivas ou terapêuticas, correspondentes ao serviço público de saúde através de um estabelecimento de saúde, ou parte funcionalmente autónoma, integrado ou a integrar no Serviço Nacional de Saúde. 2 - O contrato de gestão pode ainda ter por objecto a concepção, construção, financiamento, conservação e exploração do estabelecimento, ou de parte funcionalmente autónoma. 3 - As partes no contrato de gestão são a entidade pública contratante e a entidade gestora. 4 - A entidade pública contratante é o Estado ou qualquer outra pessoa colectiva pertencente ao Ministério da Saúde ou integrada no Serviço Nacional de Saúde”.

prestação pela iniciativa privada (art. 209) – dependendo, nesta hipótese, do cumprimento das normas gerais da educação nacional e da autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Permite-se assim falar-se em *serviço social de educação* e educação como *atividade econômica em sentido estrito* (ainda que fortemente regulada), reconhecendo-se assim dois regimes jurídicos distintos para a atividade do ensino.

No que refere ao ensino como dever do Estado, previu o texto constitucional que a sua prestação em estabelecimentos oficiais se dará em regime de gratuidade para o usuário (inciso IV do art. 206; inciso I do art. 208).

Interessa notar, então, que na missão do Estado em prestar serviços de educação aos administrados sob regime de gratuidade nada impede a transferência aos privados da gestão de estabelecimentos de ensino, com fundamento no inciso II do art. 37 da Constituição. Assim como se passa a propósito da transferência de certas atividades de saúde, podem ser objeto de contrato administrativo não só a construção de estabelecimentos de ensino, como a prestação de serviços que são vinculadas. Estas prestações podem ser conjugadas sob o formato de uma concessão administrativa, delegando-se assim a gestão do estabelecimento (com transferência de certos serviços educacionais).

O cabimento destas hipóteses, porém, pode suscitar objeções relativamente à controvertida questão da transferibilidade de atividades-fim do Estado, adiante investigada.

2.2.1.2 A possibilidade da transferência de atividades-fim da Administração

A concessão administrativa de serviços sociais pode suscitar disputas já clássicas em matéria de “terceirização”. Não se olvidava, ainda antes do advento das PPPs, do cabimento do trespasse aos privados de atividades relacionadas ao desempenho de serviços sociais. Como tais serviços não são monopólio jurídico do Estado, na aceção de ser “livre” o seu desempenho pela iniciativa privada, a hipótese era tomada por “terceirização”. Mas à hipótese era estendido óbice, generalizadamente acolhido pelos órgãos de controle, aplicável à contratação de

atividades-fim do aparato administrativo⁴⁶². Afirmar-se a impossibilidade de contratação indireta de certos serviços coincidentes com a atividade-fim do ente público em vista da infração ao princípio do concurso público (art. 37, inciso II, da Constituição Federal). O raciocínio foi formulado a partir da utilização da dicotomia atividades-meio/atividades-fim⁴⁶³. Só serviços instrumentais e acessórios ao desempenho finalístico do órgão poderiam ser trespassados aos privados pela via da terceirização. A delegação de serviços que se configurassem atividade-fim (atribuições típicas de cargos públicos) do aparato estaria vedada. Ademais, mesmo o trespasse de atividades-meio deverá observar o plexo de atribuições de cargos integrantes dos planos de cargos ou salários dos órgãos ou entidades da Administração, como determina o Decreto federal nº 2271/97 (§ 2º do art. 1º).⁴⁶⁴ Neste sentido, colhem-se inúmeras manifestações do TCU.⁴⁶⁵

Entendo que estas limitações não alcançam a concessão administrativa (inclusive aquela que tem por objeto a gestão de serviços sociais). Valho-me de dois fundamentos para amparar o raciocínio. O primeiro - que não é propriamente um fundamento exclusivamente aplicável à concessão administrativa, mas extensível aos casos de terceirização - consiste em acolher interpretação sistemática dos incisos II e XXI do art. 37 da Constituição, reconhecendo autonomia discricionária do Poder Público no modo de gestão de certos serviços e atividades. Já o segundo

⁴⁶² Vale lembrar a prestigiada lição de MARIA SYLVIA DI PIETRO, que observou que o texto constitucional permitiu a participação apenas *complementar* dos privados na realização de serviços de saúde (art. 199, § 1º), o que a leva a entender como inadequada a gestão de um hospital ou de um centro de saúde por entidades privadas. Admite a autora, tão-somente, a realização acessória pelos particulares de atividades materiais e alguns serviços técnico-especializados neste campo. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias...*, p. 243 e ss. Outros autores de grande prestígio corroboram o entendimento da jurista.

⁴⁶³ Importou-se classificação desenvolvida na esfera da Justiça do Trabalho para tratar da intermediação de mão-de-obra. Como referido no Enunciado nº 331 do TST (de 1994), “não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, 20.06.83), de conservação e limpeza bem como as de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta”.

⁴⁶⁴ O Decreto federal nº 2271/97, ao disciplinar a terceirização de atividades acessórias, prescreveu a inviabilidade de execução indireta de “atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal” (§ 2º do art. 1º).

⁴⁶⁵ “... a contratação indireta de pessoal, por meio de empresa particular para o desempenho de atividade inerente à Categoria Funcional [...], abrangida pelo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União, configura procedimento atentatório a preceito constitucional que impõe a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público...” (TC-475.054/95-4; DOU de 24.7.95). Veja-se ainda o Acórdão nº 17/2004 (Plenário – TC - Dou 30/01/2004).

fundamento aproveita exclusivamente as concessões administrativas e repousa sobre sua complexidade, que, alicerçada (também) numa lógica de financiamento de prestações públicas, lhe autoriza interpretação singularizada do problema, afastando-lhe os óbices levantados.

Deve-se analisar, por primeiro, a pressuposição de que a hipótese importaria infração ao princípio do concurso público.

Pois bem. A exigência de concurso público, acolhida no inciso II do artigo 37 da Constituição, tem um pressuposto lógico bem definido: a iniciativa pela contratação de pessoa apta a integrar a estrutura orgânica da Administração para o desempenho de função em regime de dependência e subordinação hierárquica. A compreensão de sua utilidade jurídica deve pressupor, pois, a necessidade administrativa que lhe dá existência. Só faz sentido falar em concurso público como meio para a Administração contratar *alguém* para inserir em seu quadro funcional, preenchendo, desta forma, cargo ou emprego público. Evidencia-se, no caso, uma relação institucional (e não contratual⁴⁶⁶).

Situação diversa é pressuposta pela norma do inciso XXI do art. 37 da Constituição. Aqui, prescreve-se autorização constitucional para que a Administração valha-se da figura do *contrato administrativo* (em regra precedido de licitação) para alcançar prestação temporária executada por ente alheio à estrutura administrativa, submetida a um regime contratual – e não com vínculo institucional. O pressuposto lógico à contratação administrativa está na necessidade ou conveniência do Estado na aquisição de certa prestação específica produzida por terceiro, sem vinculação orgânica e hierárquica com a Administração.

Não por acaso, então, a Constituição tratou das hipóteses em dispositivos distintos: os meios jurídicos acolhidos afiguram-se soluções constitucionalmente viáveis na persecução dos interesses da Administração, pressupondo escolhas estratégicas subjacentes. A decisão por uma ou por outra via configura uma opção *discricionária* da Administração, por traduzir escolha de natureza política. Lembro, a esse respeito, orientação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que, reconhecendo que a “locação civil de serviços” não se traduz na exclusão do princípio do concurso público, bem distinguiu as hipóteses, anotando que o concurso público “é exigido

⁴⁶⁶ Ainda que no passado se tenha cogitado de imprimir ao vínculo jurídico entre Estado e funcionário a natureza de contrato.

para ingresso em cargos e empregos da Administração direta, indireta ou fundacional; é dizer: para que alguém possa ser inserido no aparelho governamental, assumindo a qualidade de integrante deste organismo. Isto não se dá na locação civil de serviços. Quem por este meio é contratado não mantém com o contratante vínculos de dependência e subordinação típicos da relação de cargo ou emprego. Permanece estranho aos quadros do Poder Público. Apenas se compromete a prestar-lhe determinados serviços, alocando sua aptidão profissional em relação a certas atividades específicas no contrato”⁴⁶⁷. E, mesmo que reconhecendo que o recurso à “locação de serviços” deve ter um caráter excepcional, anota ter cabimento naqueles casos “em que a atividade pretendida só poderá ser feita adequadamente por terceiros, estranhos ao organismo estatal, ou melhor se fará por meio deles, seja porque menores serão os custos, seja porque distintas circunstâncias desaconselham recorrer aos próprios servidores ou manter, em seus quadros, profissionais da área requerida”⁴⁶⁸.

Daí que, na esteira de CELSO ANTÔNIO (mas em posição não exatamente coincidente com a do jurista), posso afirmar que são aquelas hipóteses inconfundíveis, sendo que a escolha por uma ou outra via jurídica baseia-se em razões diversas, de economicidade, de “vantajosidade”, etc⁴⁶⁹. Há uma opção discricionária do agente público a orientar essas escolhas.

Observe que a Constituição Federal não vedou incondicionalmente o trespasse de *atividades-fim* da Administração à execução privada. Considere-se que o inciso XXI do artigo 37 prescreve a possibilidade jurídica de contratação de

⁴⁶⁷ *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 74 e 75.

⁴⁶⁸ *Regime dos Servidores...*, p. 75.

⁴⁶⁹ Como já aludiu CARLOS PINTO COELHO MOTTA, “...sob o ângulo formal, considerem-se dois conjuntos de dados: primeiro, as especificações de cargos em uma estrutura orgânica; e segundo, as especificações dos “pacotes” de serviços contratados. A rigor, não há como compará-los. Tais quadros expressam realidades radicalmente diferentes, em linguagens diferentes. No primeiro, citam-se designações funcionais que terão seu lugar em uma estrutura organizacional vigente, sob a ordem hierárquica. No segundo, descrevem-se unidades de gestão — que se referem, obviamente, a serviços em si, e não à locação de trabalhadores, prática esta ilegal segundo o art. 37, II, da Constituição Federal e reiterada jurisprudência...”. “Terceirização e funcionalização: conflito ou complementariedade”, in *Boletim de direito administrativo*, dez/97. São Paulo: NDJ, 1997, p. 802. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO tem entendimento semelhante: “... a exigência do art. 37, II, CF destina-se ao provimento de cargo público, busca-se uma relação individual e hierarquizada; no contrato, almeja-se a realização de uma atividade (o resultado e não a pessoa executante). Sequer há que se falar em quebra da isonomia ou de impessoalidade, já que, para a contratação de serviços, a seleção pelo mérito, a competitividade e a igualdade entre os competidores são obtidos pela via da licitação — CF, art. 37, XXI”. *Direito administrativo...*, p. 356.

serviços mediante processo de licitação sem que se tenha ressalvado vedação quanto à transferência de *atividades-fim* da Administração.⁴⁷⁰ Infere-se do preceito um princípio geral de admissibilidade à forma do contrato administrativo (em sentido amplo) para regular o trespasse de atividades do Estado a terceiros. É verdade que se admitir a possibilidade da forma do contrato administrativo não implica a aceitação de qualquer conteúdo que possa caracterizá-lo (nos casos concretos). Mas não houve pela norma constitucional vedação específica a que a Administração possa transferir determinadas atividades qualificáveis como atividades-fim. Não foi adotada pela norma uma disciplina restritiva quanto a isso.

O raciocínio pode ser reforçado socorrendo-se de uma interpretação sistemática do texto constitucional. Note-se que, do mesmo modo que o inciso XXI do artigo 37 admite a possibilidade do trespasse de certas atividades aos privados pela via do contrato administrativo, o artigo 175 admite a possibilidade de prestação indireta dos serviços públicos, por meio dos instrumentos jurídicos de delegação de sua gestão. A hipótese pode ser contraponível à prestação direta pelo Estado, através (também) de seu quadro de servidores públicos. É perceptível que o texto constitucional não acolheu medida de concentração ou centralização da prestação do serviço público, admitindo sua prestação descentralizada mediante simples escolha discricionária da Administração. O fato de a Constituição ter admitido a delegação da prestação de serviços públicos (como atividade-fim) aos privados é indiciário da possibilidade jurídica de trespassar serviços finalísticos inerentes ao exercício administrativo (respeitadas, evidentemente, aquelas atividades indelegáveis, assim consideradas as funções privativas do Estado). Ou seja: da mesma forma que é possível contrapor a *contratação da prestação de serviços administrativos finalísticos* à adjudicação de servidores mediante *concurso* para o desempenho - digamos assim, “orgânico” - da prestação destas atividades, à delegação, por concessão, do serviço público contrapõe-se a sua prestação direta pela Administração, operada por servidores estatais. Logo, a aplicação da tese aqui combatida no terreno da prestação de serviços públicos resultaria em reconhecer ofensa ao concurso público na delegação da gestão (por concessão) do serviço a terceiro, o que desafia expressa disposição constitucional (art. 175). Penso, então, que a inteligência do artigo 175 no que tange à descentralização das atividades

⁴⁷⁰ Neste sentido, MOTTA, Carlos Pinto Coelho. “Terceirização...”, p. 806.

organicamente desempenhadas pela Administração não pode ser desprezada no enfrentamento daquela questão.

É preciso, também, notar a equivalência dos valores prezados pelos instrumentos jurídicos do concurso público e da licitação, afastando a pressuposição de que o uso do contrato administrativo importaria em desviar-se dos valores garantidos pelo regime jurídico do concurso público no fim de aquisição de mão-de-obra para o desempenho de serviços finalísticos da Administração, constatando uma espécie de desvio de finalidade na adoção da via contratual. Tanto no concurso público como no processo licitatório (precedente lógico do contrato administrativo no direito brasileiro) há a preservação da isonomia concorrencial e aferição da habilidade técnica dos licitantes como valores prezados pelo direito a pautar as escolhas do Poder Público. Sob esse ângulo, a via licitatória destina-se a salvaguardar os mesmos interesses subjacentes ao concurso. Diferem os institutos, como dito, no que refere ao seu pressuposto lógico, à necessidade específica visada pela Administração. E quanto à definição dessa necessidade não se vê qualquer censura do ordenamento jurídico ao exercício discricionário da Administração.

Reversamente, ademais, ao que se tem propugnado em alguns setores mais conservadores, a orientação constitucional, a partir da projeção dos princípios da *economicidade* e da *eficiência*, não rejeita a tendência à descentralização (por colaboração) das atividades estatais. Bem ao contrário, a considerar o incremento da eficiência e da economicidade alcançada pelas iniciativas descentralizadoras experimentadas nos últimos anos, tenho para mim que esse modelo poderá servir com maior efetividade aos valores prezados pelos princípios da *economicidade* e da *eficiência*.

A interpretação constitucional, neste particular, deverá pressupor um rol de tendências na direção da redução do aparelho do Estado, o que indica a promoção da terceirização (e demais formas de delegação). Reconhecida a limitação imposta pela indelegabilidade de certas atividades (de índole imperativa e de vocação política), prefere-se a cessão (com reserva de gestão estratégica) da prestação de atividades estatais aos privados pela suposição de que este modelo realize melhor os valores fundamentais contemplados na Constituição da República.

O exame deve considerar uma tendência de redução do núcleo de atividades exclusivas estatais, restringindo-se àquelas vocacionadas à manifestação

imperativa e política do poder estatal. Como aludiu DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “mesmo em seu próprio campo, que é o das questões políticas, o Estado deverá se reservar, cada vez mais, para as decisões em que apenas a ele caiba atuar, em razão de seu monopólio da imperatividade, passando a valer-se, paulatina e preferencialmente, da cooperação e da colaboração em tudo o que puder ser mais vantajosamente atendido pela consensualidade, notadamente com a ampliação do campo de debate aberto e de negociação de interesses metaindividuais, flexibilizando, assim, um outrora marmóreo e inexorável conceito de interesse público, que deixa de ser, cada vez mais claramente, aquele confundido com o seu próprio, para ser não mais que aquele que o Direito põe a seu cargo, um específico modo de atendimento”.⁴⁷¹ Parte-se do reconhecimento de que a participação (acessória) dos privados na gestão pública vem se mostrando mais eficiente do que a atuação direta estatal.

Mesmo em se tratando de atividades ditas permanentes, deve ser estimulada a terceirização se assim impuserem postulados de economicidade e eficiência. Após reconhecer que, em regra, para atividades permanentes, deve ser criado, por lei, cargo público e provido por servidor selecionado através de concurso público, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO ressalva argutamente que “em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do Poder Público, notadamente as que exigem manifestação de poder de império (polícia, fiscalização, controle, justiça). As demais atividades que não exijam uso de força ou independência no controle podem (e, muitas vezes, devem) ser terceirizadas (sequer havendo necessidade de restabelecer o regime celetista para servidores públicos; basta que os cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário, sejam reservados às funções típicas de Estado, liberando-se a terceirização para outras funções, que podem compreender diversas formas de parceria que não apenas o vínculo celetista com o prestador do serviço)”⁴⁷².

A busca, então, por uma gestão eficiente da máquina administrativa, o que passa pela (louvabilíssima, opino) tentativa de reduzir custos de despesa fixa com

⁴⁷¹ “Globalização e o direito administrativo”, in *Um avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 559.

⁴⁷² *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Rio de Janeiro: 3ª. Ed. Lúmen Júris. 2000, p. 189.

peçoal, tem conduzido as Administrações, em diversos países do mundo, a optar pelas técnicas de terceirização de serviços administrativos. É visível nos últimos anos o crescente trespasse da prestação de serviços essenciais à gestão privada. A terceirização, ao lado de outras modalidades de contratação, passa a ser crescentemente adotada por inúmeros países como uma decorrência necessária da redução do desempenho direto de tarefas pelo Estado.

Nos Estados Unidos, por exemplo, conduziu-se em 1998 uma ampla política de terceirização de atividades administrativas a partir da edição do *Fair Act (Federal Activities Inventory Reform Act) of 1998*. Restaram excluídas desse processo apenas as *inherently governmental function*.⁴⁷³ Talvez um dos exemplos mais radicais neste país esteja na substituição de soldados efetivos por empregados de empresas especializadas na segurança recrutados mediante contrato (fenômeno que não é precisamente recente). Matéria veiculada na edição de 13 de outubro de 2002 do *The New York Times* é emblemática dessa prática: “As empresas agora fornecem substitutos para soldados efetivos em todas as áreas, desde suporte logístico, até treinamento de combate (...) Algumas (empresas) estão ajudando a realizar exercícios de treinamento de tropas norte-americanas no Kuwait, usando munição real, sob o Código de Primavera no Deserto (...). Outras têm empregados que vestem seus velhos uniformes para trabalhar sob contrato como recrutas e instrutores militares em classes de ROTC (*Reserve Officers’ Training Corps*), selecionando e treinando a próxima geração de soldados”⁴⁷⁴.

O Brasil também se engajou numa tendência de terceirização das atividades de apoio, chegando-se a aludir a uma “crise do concurso público”. A política da Reforma Gerencial (em seu segundo ciclo, produzida a partir do governo de

⁴⁷³ A noção remete a atividades ligadas a funções decisórias desempenhadas pelo Governo. Nos termos do documento, “The term “inherently governmental function” means a function that is so intimately related to the public interest as to require performance by Federal Government employees”.

Há países, de outro lado, cujas políticas tendem a resistir a movimentos de terceirização de atividades. A França — como notícia PAUL LIGNIÈRES — é um desses casos. Nas palavras do autor, “La réforme de l’Etat em France devra nécessairement passer par un mouvement général d’outsourcing. Une telle réforme inscrite dans un contexte a priori défavorable em France dans la mesure où la culture administrative tend plutôt à privilégier la réalisation de toutes les fonctions en interne. Une administration qui possède em interne tous les métiers reste encore um modèle”. *Partenariats publics privés*. Paris: Litec, 2000, p. 58.

⁴⁷⁴ In GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes — verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras. 2004, p. 55 e 56. O exemplo não se reconduz precisamente a uma hipótese de *outsourcing*, de terceirização de tarefas administrativas, mas revela a crescente e intensa participação de empresas privadas em funções típicas do Estado.

Fernando Henrique Cardoso) teve como uma de suas metas a ampliação da relação de serviços eficientemente providos por prestadores especializados no setor privado. Explicou LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA que “O objetivo é permitir que a administração direcione claramente as suas áreas de atuação, executando com competência apenas as atividades que são próprias ou exclusivas do Estado. Aquilo que representar atividade com similaridade no setor privado deve ser objeto de execução indireta, mediante contratação de prestadores de serviço nas condições que permitiam a maior economia de custos”⁴⁷⁵. O Decreto n° 2271/1997 proveu a regulamentação quanto à execução indireta de atividades da Administração Pública, prevendo-se que, entre outras, as tarefas de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, reprodução de documentos, telecomunicações e manutenção de prédios deverão ser preferencialmente contratadas.

A reorganização estrutural quanto ao desempenho de atividades administrativas vem retratada no ordenamento nacional a partir de inúmeras normativas (infraconstitucionais) surgidas no bojo do processo de *privatização* (para usar uma acepção ampla do termo). Mesmo o Decreto-lei n° 200/67 já prescrevia (e prescreve) o recurso à execução indireta (art. 10°, § 7º)⁴⁷⁶, tendo esta opção sido reforçada, mais recentemente, com a edição do Decreto federal n° 2271/97 (art. 1º).

Note-se, ainda, que a Lei n° 9.528/97 removeu prescrição legal que permitia a terceirização tão-somente em serviços que não se relacionavam diretamente com as *atividades normais* da empresa.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP — Escola Nacional de Administração Pública, 1998, p. 300.

⁴⁷⁶ Art. 10 - A execução das atividades da administração federal deverá ser amplamente descentralizada”. ... § 7º. “Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

⁴⁷⁷ Note-se o teor da norma: Art. 31. “O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem” (...) “§ 2º Exclusivamente para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com atividades normais da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação”.

Portanto, rejeita-se a concepção de que somente atividades-meio seriam possíveis de repasse aos particulares mediante contratação. É certo que são identificáveis serviços próprios de um núcleo de atividades que se destinam ao exercício do império e à manifestação da coerção (que pressupõem escolhas políticas do Estado) que são intransferíveis aos privados em face da orientação do princípio da república. Mas o critério delimitador deste núcleo de atividades típicas não mantém relação com a dicotomia atividade-meio/atividade-fim⁴⁷⁸. Isto é: haverá eventualmente atividades qualificáveis como atividades-fim mas destituídas da virtualidade de manifestação do império e da coerção, afigurando-se, portanto e em princípio, delegáveis à prestação pelos privados.

Enfim, as vedações que se projetam sobre a transferência de atividades administrativas não se relacionam com o qualificador *atividade-fim*, o que conduz à rejeição da dicotomia (atividade-meio/atividade-fim).

Um segundo fundamento que utilizo para afirmar a inaplicabilidade daquela restrição às concessões administrativas pode ser tirado da própria essência desta modalidade contratual, de cariz *complexo*. Trata-se de referir que a natureza *organizacional* dos projetos de concessão administrativa conduz à imprestabilidade do raciocínio acerca do risco de ofensa ao princípio do concurso público. Os arranjos instrumentados a partir de parcerias público-privadas apresentarão natureza complexa, na acepção de que envolverão a conjugação de prestações diversas inseridas num sistema que se caracterizará como um *empreendimento*. Como referido, a prestação de serviços compreendidos em projetos de parcerias público-privadas consistirá em regra na exploração de atividades decorrentes de uma infraestrutura provida pelo parceiro privado. Há a aglutinação sistemática de escopos diversos em vista da operacionalização financeira do projeto. A solução, por isso,

⁴⁷⁸ Até se poderia valer do raciocínio para classificar, no âmbito daquelas atividades envolvidas com o poder de coerção, atividades de suporte (como atividades-meio), delegáveis, e atividades decisórias e finalísticas, como atividades-fim, indelegáveis. Mas o critério peca, ainda, pela dificuldade de delimitação dos conceitos aos casos concretos. É visível a inexistência de consenso doutrinário e jurisprudencial quanto à aplicação destes conceitos: ora se relaciona atividade-fim com a *essencialidade* do serviço, ora se a identifica como atividade diretamente relacionada com o *objeto social* da pessoa jurídica etc. Tome-se um exemplo. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO utiliza-se desta dicotomia para explicar que algumas atividades relacionadas com os serviços de saúde pública são transferíveis a privados. Inclui nesse rol (das atividades-meio) serviços técnico-especializados, como os inerentes a hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc. Confrontados os exemplos referidos pela autora com inúmeras decisões do Tribunal de Contas da União, conclui-se que tais assumiriam, perante esse órgão, qualificação de *atividade-fim* (de ente administrativo dedicado à prestação de serviços de saúde). DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias...*, p. 174.

não apresenta a mesma vocação que uma pura terceirização de mão-de-obra. Há aspectos relativos à complementariedade de prestações que eventualmente justificarão a absorção do trespasse de atividades caracterizáveis como finalísticas do órgão em projeto mais abrangente.

Mais recentemente, o Tribunal de Contas da União, aliás, vem adotando entendimento cuja significação pode ser emprestada para o reforço do raciocínio formulado acima. Note-se julgado que versou acerca de terceirização pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos de serviços de *call center*, em que restaram examinados aspectos relacionados com a infração ao regime de plano de carreiras da entidade: “Os serviços de *call center* aqui mencionados não se destinam à contratação de empregados, mas, ao contrário, objetivam fornecer todo um aparelhamento que envolve componentes específicos, como instalações, mobiliários especiais e equipamentos, infra-estrutura de comunicação, sistemas computadorizados, etc, sendo a parcela relativa a recursos humanos apenas uma “parte do todo”. Por outro lado, os serviços desempenhados pelos empregados da contratada são acessórios, não se confundindo com a atividade finalística da empresa contratante, nem com as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas no plano de carreira, cargos e salários. Outrossim, no caso em tela, não restam configurados elementos que caracterizem a relação de vínculo empregatício desses empregados com a ECT, uma vez que inexistem a subordinação e a pessoalidade no trabalho prestado”⁴⁷⁹.

Também nada impedirá que a atribuição de serviços envolvendo atividades próprias de cargos públicos inseridos em plano de carreira de órgão ou entidade se realize (acessorariamente) em projetos de PPP. E nesta hipótese não recairão, sobre o trespasse de atividades de pessoal, as limitações atinentes à salvaguarda do concurso público ou à proteção de plano de cargos. Aplica-se aqui o mesmo raciocínio traçado acima. Isto é: a noção de sistematização e organicidade de atividades diversas que caracteriza as parcerias (justificada pela concepção de financiamento do projeto) retira-lhe o óbice quanto à limitação que recai sobre a

⁴⁷⁹ Acórdão n° 1863/2003 — Primeira Câmara, DOU 28/08/2003.

*execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos*⁴⁸⁰.

Portanto, algumas atividades caracterizáveis como atividades-fim, especialmente a delegação da gestão de serviços sociais, poderão ser transferidas à gestão privada no bojo de concessões administrativas.

2.2.1.3 Ainda a concessão administrativa aplicada aos serviços sociais: as vantagens do modelo concessório no controle social da prestação dos serviços sociais

A utilização do modelo concessório nas áreas da saúde e da educação pode significar o incremento do controle social e orçamentário destes serviços.

No modelo tradicional, de prestação direta, em que são utilizados, dentre outros instrumentos, os contratos de prestação de serviços regidos pela Lei n. 8666/93, é sempre difícil o exercício do controle social acerca do desempenho destas atividades, como o é o controle acerca da aplicação de recursos públicos destinados ao custeio destas prestações.

Os instrumentos jurídicos disponibilizados aos administrados para o exercício do controle sobre as contratações desta natureza são limitados e têm pouca efetividade prática (isso se explica também por ser a terceirização uma via que não transcende os limites internos da gestão administrativa). Apenas para contratações mais expressivas assegura-se a audiência pública a favorecer a participação da comunidade. No âmbito da execução destes contratos, ademais, os meios de participação popular são quase nulos.

Já o modelo das PPPs, além de incorporar os instrumentos de controle inerentes ao sistema concessório⁴⁸¹, propicia o incremento do controle financeiro

⁴⁸⁰ Indiciária da viabilidade jurídica em se terceirizar a mão-de-obra em substituição à contratação de servidores é a disposição do § 1º. do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que dispõe que: “Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”. Uma crítica aos termos do artigo por aparentemente reconhecer a possibilidade de contratos de terceirização de mão-de-obra acha-se em Di Pietro. Maria Sylvia. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal* (coord. IVES GANDRA MARTINS e CARLOS VALDER DO NASCIMENTO). São Paulo: Saraiva. 2001, p. 137.

⁴⁸¹ Como disse CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA, “ao adotar o regime de concessão, a PPP incorpora as construções já existentes sobre o controle social. Assim, os organismos institucionais (como o Ministério Público), os órgãos de controle e regulação (agências reguladoras e Tribunais de

acerca da aplicação de recursos públicos em obras e serviços. Uma consequência da descentralização da gestão dos serviços sociais está em assegurar uma posição mais ativa (e efetiva) dos usuários no controle da eficiência na prestação destes serviços. Há de se repetir aqui o que se experimentou com a descentralização dos serviços públicos, a partir dos processos de desestatização ocorridos nos últimos anos. O deslocamento do papel do Estado de prestador para controlador (regulador) aliado à inclusão dos usuários (ou beneficiados) do serviço nos sistemas de controle – a partir do favorecimento da participação destes na regulação do serviço – poderá resultar na ampliação dos mecanismos de controle popular sobre a estruturação e prestação dos serviços sociais. No modelo das PPPs, estão asseguradas em todos os casos as consultas públicas como precedente obrigatório (condição de validade) à conformação dos ajustes, além de admitir-se a participação dos usuários (individual ou coletivamente) no âmbito da execução do contrato (nos atos de instabilização do contrato etc.). Ademais disso, evidencia-se nas PPPs o reforço das amarras fiscais e a tonificação da transparência nos procedimentos de gestão do ajuste de PPP⁴⁸². Com isso, permite-se um controle mais efetivo acerca da destinação dos recursos e quanto ao comprometimento do orçamento com o custeio dos serviços.

Parece inegável, por isso, que o uso do sistema das PPPs em substituição à prestação de alguns serviços sociais diretamente pelo Estado poderá traduzir o incremento do controle social e financeiro acerca de sua prestação.

Contas) e as entidades representativas de usuários, assim como os próprios usuários individuais, passam a interferir de modo mais efetivo na verificação dessa destinação”. “O processo licitatório...”, p. 213.

⁴⁸² O artigo 10º da Lei n. 11079/2004 condiciona a abertura do processo licitatório de PPP a: I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado.

2.3 A COMPLEXIDADE DO OBJETO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA – A VEDAÇÃO CONTIDA NO INCISO III DO § 4.º DO ART. 2.º DA LEI 11079/2004

Como dito, a concessão administrativa deve ser reservada a objetos marcados (em regra) pela conjugação de prestações. Afirma-se assim a *complexidade* do objeto da concessão administrativa, vedando-se o uso deste modelo para ajustes que tenham como objeto único o *fornecimento de mão-de-obra*, o *fornecimento e instalação de equipamentos* ou a *execução de obra pública* (inciso III do § 4.º do art. 2.º da Lei 11079/2004).

Não será juridicamente viável, pois, implementar uma PPP para a construção de obra pública ou para o fornecimento e instalação de bens, exclusivamente. Menos ainda se admite uma PPP para o fornecimento de pura e simples mão-de-obra, isto é: para a chamada “locação de serviços”.

A vedação a que concessões administrativas contemplem exclusivamente a execução de obra pública ou o fornecimento e instalação de bens tem por fim preservar o modelo a arranjos que pressuponham a conjugação de objetos sob a lógica de financiamento privado de bens públicos. Durante a gestação da Lei n. 11079/2004, muito se discutiu a propósito do risco de uso excessivo (e indevido) das PPPs a objetos desprovidos de características que autorizassem a aplicação de um regime jurídico especial, construído a partir de um sistema de garantias especiais ao parceiro privado⁴⁸³. O objetivo do legislador foi o de reservar o regime das PPPs a arranjos que pressuponham investimentos aportados e geridos pelo parceiro privado.

⁴⁸³ Como disse CARLOS ARI SUNDFELD, comentando o projeto de lei que deu origem à Lei de PPPs: “O PL, tal como está, tem o risco de levar à aplicação de seu regime a qualquer contrato feito pelo Poder Público, inclusive àqueles que tradicionalmente seguem a lei 8.666, como é o caso da execução de obra pública ou de prestação de serviços. Isto não me parece adequado. Creio ser importante uma restrição do objeto das parcerias, uma vez que elas devem ser um instrumento de uso restrito, para situações especiais, por exemplo, em que haja a transferência ao particular contratado não apenas da obrigação de execução de obra ou serviço, mas também da exploração e gestão das atividades deles decorrentes. Isto significa dizer que só devem ser objeto de parceria público-privada as obras em que o contratado assuma a obrigação de manter a infra-estrutura construída por um certo período mínimo de tempo.” Conforme parecer da lavra do Senador João Tenório, Relator do Projeto de Lei da Câmara n.º 10, de 2004, quando em tramitação pela Comissão de Serviços de Infra-Estrutura.

O caso mais evidente relaciona-se com a execução de obra. É preciso associá-la à prestação de serviços para compor-se um objeto possível de PPP. Essa técnica revela duas funções principais: por um lado e sob um ângulo puramente financeiro, serve a uma engenharia financeira que permite à Administração procrastinar o pagamento pelo preço da obra, diluindo-o no preço pago pelo serviço subsequente executado, durante certo prazo (mínimo) de prestação. Tendo-se em vista que a Lei de PPP veda a que contraprestações do Poder Público sejam providas antes de disponibilização de parcela fruível do serviço (art. 7º), evita-se a utilização do modelo da PPP desnaturado de sua vocação financeira, como se contrato de obra fosse. Não houvesse a restrição, incorrer-se-ia no risco de utilizar-se o modelo da PPP a partir da mera acumulação de um contrato administrativo geral de obra + um contrato administrativo geral de prestação de serviços, produzindo-se um contrato misto. Já de um ponto de vista da otimização da eficiência e economicidade, aquela técnica tem por função inter-relacionar economicamente as prestações, transferindo-se os riscos de exploração e manutenção de uma obra àquele encarregado de construí-la, segundo a lógica de que a qualidade da execução e dos materiais empregados se refletirá em menores ou maiores custos de manutenção-disponibilização da infra-estrutura pelo concessionário.

É preciso, então, compreender a vedação referida, e, de consequência, a vocação do modelo à complexidade, como serviente de uma técnica de financiamento e de gestão de bens e prestações de interesse coletivo.

Não se nega, porém, que a prestação de serviços pode constituir-se em objeto único da concessão administrativa. Mas ainda assim não se resumirá o objeto da concessão a singelos serviços equiparáveis à locação de mão-de-obra etc. Tal como explicado adiante, a prestação de serviços como objeto da concessão administrativa há de ser entendida a partir da lógica concessória que o caracteriza.

Tem-se, assim, com estas delimitações, a configuração de um quadro de possibilidades no que refere ao objeto das concessões administrativas que abrange a (a) *prestação de serviços*; a (b) *prestação de serviços precedida da construção de obra pública*; a (c) *prestação de serviços precedida do fornecimento (e instalação) de bens*. Passo a analisá-las.

2.3.1 A Concessão Administrativa de Prestação de Serviços

A primeira possibilidade envolve exclusivamente a prestação de serviços. Mas é preciso ter claro que esta não se confunde com o *fornecimento de mão-de-obra* (hipótese de vedação expressa pela Lei), como referido. O conceito de serviços operado pelo legislador deve ser tomado como prestação de outra natureza, até porque a própria Lei cuida de distinguir as hipóteses – utilizando o conceito de prestação de *serviços* no § 2.º do art. 2.º, e o conceito de *fornecimento de mão-de-obra* no inciso III do § 4.º do art. 2.º da Lei 11079/2004.

O fornecimento de mão-de-obra pode-se dizer uma espécie do gênero *terceirização* (noção que, originada da prática empresarial, foi incorporada à cultura jurídica brasileira), ao lado da *empreitada* de obras e serviços e da *franquia*. Uma diferença marcante entre a empreitada de serviços e o simples fornecimento de mão-de-obra está em que enquanto nesta contrata-se a mera disponibilização de mão-de-obra, que funciona sob a gestão autônoma do contratante, naquela verifica-se a contratação de dada atividade gerida pelo contratado em prol de certo resultado: o serviço. Há uma nítida diferença no tocante à finalidade de cada qual.

O fornecimento de mão-de-obra (ou locação de serviços por pessoa interposta) tem sido uma solução questionável aos olhos do Direito do Trabalho, versada em dois conhecidos enunciados: Enunciado n. 256 e Enunciado n. 331. Este a admitiu tão-somente na hipótese de trabalho temporário (Lei n. 6019/74), sendo que, nos demais casos, o vínculo se formará diretamente com o tomador. E ressaltou que, no caso da Administração Pública ser a tomadora dos serviços, a contratação será ilegal, não se configurando o vínculo com esta por infração ao art. 37, II, da Constituição. Há administrativistas que avalizam a orientação⁴⁸⁴.

Outra solução é a empreitada de serviço ou a locação de serviço, tal como prevista no Código Civil e acolhida pela Lei n. 8666/93. Nesta, a Administração adquire uma prestação para a produção de certo resultado. O *serviço* será o produto da contratação e não a mera disponibilização de mão-de-obra.

A diferença apontada é um ponto de partida para compreender a vedação veiculada pela Lei n. 11079/2004. Ou melhor: para compreender o “serviço” como

⁴⁸⁴ É o caso de MARIA SYLVIA DI PIETRO, que reputa ser nulo o fornecimento de mão-de-obra à Administração por ofensa ao princípio do concurso público. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal...*, p. 134 e 135.

objeto da concessão administrativa. Parece-me, inclusive, que a noção de *serviço* operada pelo legislador das PPPs transcende mesmo a noção de *serviço* enquanto objeto da *locação de serviços* tratada pelo C. Civil.

Parta-se do fato de que, no domínio do regime jurídico do contrato administrativo, a noção de *serviço* é tomada em sentido amplo, como prescreve a definição legislativa referida no inciso II do art. 6º. da Lei n. 8666/93⁴⁸⁵, transcendendo, assim, a mera locação de serviços conhecida do direito civil⁴⁸⁶. O legislador dos contratos administrativos gerais faz uso de uma *noção econômica*⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ O dispositivo inclui atividades que tradicionalmente não têm se qualificado (pelo menos no campo do direito civil) como serviço, como é o caso da locação de bens. Mas a inclusão não deve merecer censura, uma vez que vai ao encontro de tendência observada em diversos campos do direito em se ampliar aquela restrita noção de serviço operada no domínio do direito civil. Nota-se que a própria Constituição erigiu à categoria de serviço (pelo menos para fins tributários) atividades inconciliáveis àquela restrita noção civilista de serviço (que a tomava por um *facere*, por mera obrigação de fazer), como se vê do disposto no inciso II do art. 155, que equipara a atividade de *comunicação* a serviço.

⁴⁸⁶ Cabe observar que, nos diversos domínios do direito, a noção de *serviço* tem se ampliado. Até mesmo no campo do direito civil, onde floresceu uma noção restrita de serviço, equiparada à obrigação de fazer, experimentou-se o elastecimento deste conceito a partir de leituras constitucionais e, também, em vista da penetração em seu terreno do Código de Defesa do Consumidor (que traz expressamente e para aqueles fins uma noção ampla de serviço). No direito tributário, por igual, o conceito de serviço já foi amplamente debatido a propósito da fixação de uma noção referencial para a incidência de impostos que o têm em sua base de cálculo, havendo forte tendência em considerá-lo como ação que transcende o mero fazer, erigindo à sua categoria atividades complexas como o *leasing* e a *comunicação*. Refira-se que o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do Recurso Especial nº 38.680-2, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, consignou, com apoio nas palavras de BERNARDO DE MORAES, que: “a noção de serviço (objeto de ISS) não pode ser confundida com a simples prestação de serviços (contrato de direito civil que corresponde ao fornecimento de trabalho). O conceito de serviço vem da economia, do trabalho com produto. De fato, o trabalho, aplicado à produção, pode dar classes de bens: bens materiais, denominados material, produto ou mercadoria; e bens imateriais, conhecidos como serviços. Serviço, assim, é expressão que abrange qualquer bem imaterial, tanto atividades consideradas de prestação de serviços (v.g.: atividade do médico, do advogado, do engenheiro, do corretor etc.) como as demais vendas de bens imateriais (v.g.: atividade do locador de bens móveis, do transportador, do albergueiro, do vendedor de bilhetes da Loteria Federal, etc.)”.

⁴⁸⁷ BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, ao comentar o conceito de serviço para fins tributários, expõe que: “Conforme se verifica, adotou-se o conceito *econômico* de serviço, assim entendido o bem econômico (meio idôneo para satisfazer uma necessidade) que não seja bem material, isto é, que não seja extensão corpórea ou de permanência no espaço. Serviço, no sentido econômico, é sinônimo de bem imaterial, fruto do esforço humano à produção. No dizer de Albert L. Mayers, serviço “é qualquer bem não material. (...) O conceito econômico de “prestação de serviços” (fornecimento de bem imaterial) não se confunde e nem se equipara ao conceito de “prestação de serviços” do direito civil, que é conceituado como fornecimento apenas de trabalho (prestação de serviços é o fornecimento, mediante remuneração, de trabalho a terceiros). O conceito econômico, não se apresentando acanhado, abrange tanto o simples fornecimento de trabalho (prestação de serviços do direito civil) como outras atividades, v.g.: locação de bens móveis, transporte, publicidade, hospedagem, diversões públicas, cessão de direitos, depósito, execução de obrigações de não fazer, etc. (vendas de bens imateriais).” *Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 41/42.

de serviço, mais ampla que aquela que tradicionalmente se acolheu na teoria geral do direito civil (como atividade equiparável à obrigação de fazer).

A noção de serviço pressuposta pela norma do art. 2º da Lei Geral de PPP, ao prescrever a definição legislativa da concessão administrativa, vai além da noção *econômica* de serviço, devendo-lhe ser adicionado outro qualificador tirado da lógica concessória que a caracteriza. Trata-se de reconhecer que serviço na dicção daquela norma deve ser entendido como o provimento de utilidades geridas e organizadas com relativa independência e autonomia pelo concessionário, destinadas a produzir resultados encomendados pelo tomador. O parceiro privado incumbe-se de organizar, segundo uma gestão empresarial, um conjunto de atividades e bens que resultem na produção de um certo serviço à Administração ou ao usuário. Um qualificador que se adiciona à noção (econômica) de serviço, portanto, reside numa certa autonomia de gestão e de organização dos meios a ser exercida pelo concessionário, pressupondo-se a gestão de um conjunto de atividades inter-relacionadas e articuladas em prol de certos resultados⁴⁸⁸. Daí dizer-se que a tônica da “filosofia” concessória repousa sobre o controle de resultado, substituindo-se a lógica convencional inerente ao regime dos contratos administrativos gerais, que tem ênfase no controle dos meios. Essa noção decorre, sobretudo, da inteligência do artigo 25 da Lei n. 8987/95⁴⁸⁹, expressamente aplicável às concessões administrativas.

⁴⁸⁸ Lembre-se a ponderação de CARLOS ARI SUNDFELD, ainda ao tempo da gestação da Lei de PPPs, quando afirmava que: “Quanto aos serviços, não deve ser objeto de contrato de parceria público-privada a mera terceirização de mão-de-obra, tampouco prestações isoladas, que não estejam inseridas em um conjunto de atividades a cargo do particular. Aplicando-se o regime do PL, o beneficiário de um contrato de PPP estará em situação privilegiada se comparada com a dos beneficiários de contratos comuns da lei 8.666. O privilégio está nas garantias especiais contra a inadimplência do Poder Público que o PL propicia. Se prevalecer a amplitude do PL, haverá um sério risco de, no futuro, todos os contratos celebrados pela Administração Pública buscarem o tratamento privilegiado, o que destrói a idéia de PPP”. Anotação referida na justificação e análise contida no parecer da lavra do Senador João Tenório, Relator do Projeto o Projeto de Lei da Câmara nº 10, de 2004 (PL nº 2.546, de 2003, na Casa de origem) - que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da administração pública -, quando em tramitação pela Comissão de Serviços de Infra-Estrutura.

⁴⁸⁹ Art. 25 - Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade. § 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. § 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente. § 3º A

2.3.2 Prestação de Serviços Precedida da Construção de Obra Pública

Uma outra possibilidade envolve a execução de obra seguida da prestação de serviços. Talvez essa seja a configuração que melhor retrate a vocação do modelo da concessão administrativa, que propicia à Administração uma engenharia financeira peculiar à criação de infra-estrutura pública. Sob esta modelagem, prevê-se a execução de uma obra pública pelo parceiro privado, encarregado de seu financiamento, seguida da prestação de serviços relacionados. Como há exigência na Lei de PPP (art. 7º. da Lei n. 11079/2004) de que as contraprestações providas pela Administração se realizem apenas a partir da disponibilização ao menos de parcela fruível do serviço, tem-se que o preço da obra será suportado pela Administração tão-somente na fase de execução do serviço, pressupondo-se assim uma prestação composta: preço da obra + preço do serviço. Deste modo, concluída a obra, a Administração passará a suportar o seu custeio a partir do início da execução dos serviços pelo parceiro privado, que fará jus então a uma contraprestação devida pela fruição do serviço pela Administração (na qualidade de usuária direta e indireta) e a uma contraprestação devida pela execução da obra.

Funciona assim a engenharia financeira da concessão administrativa como uma via para permitir a diluição do custeio de uma obra pública (que, sob um formato convencional regrado pela Lei n. 8666/93, estaria concentrado dentro do período de execução da obra) ao longo do prazo assinalado para a prestação de serviços correlatos, o qual não deve ser inferior a 5 anos.

Esta configuração, no que refere ao seu objeto, aproxima-se da idéia de concessão de obra pública. Há uma obra provida pelo concessionário, que extrairá sua remuneração a partir de sua exploração econômica. O diferencial é que, enquanto na concessão de serviços públicos a remuneração advém de tarifas pagas pelos usuários da infra-estrutura, na concessão administrativa o preço é provido pela Administração, ainda que se possa, neste caso, ter-se um sistema de remuneração atrelada ao risco de utilização, tal como ocorre na concessão de obra pública⁴⁹⁰.

execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

⁴⁹⁰ O modelo pode ser reconduzido a um BOT – *Build-Operate-Transfer* ou a um BOOT – *Build-Own-Operate-Transfer*, espécies de contrato comuns no direito norte-americano em que o

Nada impede que a obra pública executada pelo parceiro privado não seja ao final da concessão incorporada ao patrimônio público. Haverá, na hipótese, uma infra-estrutura projetada pelo parceiro privado ou pela Administração, executada e operada pelo parceiro privado no interesse da Administração e sob regulação pública durante certo prazo. Após o termo, a obra é mantida na propriedade do concessionário, que poderá utilizá-la no domínio da livre iniciativa. Apesar de excepcional, a hipótese poderá surgir no terreno dos serviços sociais, como saúde e educação, expurgando-se o custo da obra do preço pago pela Administração. Será então uma PPP para a execução de serviços - precedida da construção de obra de domínio privado.

2.3.3 Prestação de Serviços Precedida do Fornecimento (e Instalação) de Bens

A prestação do serviço pode ser, ainda, conjugada com o fornecimento e a instalação de bens. Nesta hipótese, o concessionário fornecerá a infra-estrutura adequada à disponibilização do serviço através do fornecimento e/ou instalação de certos bens. Ao concessionário impõe-se o fornecimento e/ou a instalação de certos bens, encarregando-se subsequente de sua exploração (de sua utilização) à prestação do serviço. Segue-se aqui a lógica evidenciada acima: alcança-se com o modelo a diluição do custo do fornecimento e instalação de bens à Administração, assim como se expõe o concessionário aos riscos da utilização-exploração dos bens por si fornecidos e que aparelham a prestação do serviço.

3 A CONFIGURAÇÃO SUBJETIVA DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

A concessão administrativa poderá obedecer a duas formatações distintas no que diz com a sua configuração subjetiva.

Se for uma concessão administrativa de serviços tomados diretamente pela Administração (sem delegação de gestão), põem-se na condição de sujeitos apenas

particular projeta, financia, constrói e opera a infra-estrutura, transferindo-a ao domínio público após certo prazo de exploração. A diferença do BOT para o BOOT é que neste modelo o privado constrói e opera sob sua propriedade a infra-estrutura (mesmo sob regulação pública), transferindo-a após 20 ou 40 anos, enquanto no BOT a infra-estrutura, antes de explorada pela empresa privada, é transferida para a propriedade do Poder Público. SAVAS. E. S. *Privatization and Public Private Partnership*. New York: Seven Bridges Press, 2000, p. 244 e 245.

a Administração e o parceiro privado. Ter-se-á, aqui, uma estruturação subjetiva equivalente àquela dos contratos administrativos gerais ordinários. Será um vínculo bilateral, com efeitos que alcançam apenas as partes contratuais (e a terceiros a que a Lei deferiu direitos subjetivos em face daqueles sujeitos, como é o agente-financiador⁴⁹¹).

Já nos casos de concessão administrativa de serviços públicos ou sociais tomados *indiretamente* pela Administração, que envolvem delegação, ter-se-á uma configuração bilateral, mas com efeitos que alcançam inclusive os usuários do serviço, tomadores direto das atividades desempenhadas pelo parceiro privado.

Como delegatário da gestão, o parceiro privado assumirá posição jurídica própria perante os usuários (ainda que a estes não se imponha o dever de pagar pela fruição ou pela disponibilização do serviço), que detêm certos direitos em face daquele. Mas os usuários, ainda que não se ponham na condição de parte no contrato de parceria, titularizam também um catálogo de direitos subjetivos em face da Administração-Concedente (parceiro público de uma concessão administrativa). Logo, há um entrecruzamento de relações jurídicas que vinculam parceiro público, parceiro privado e usuários do serviço executado sob o modelo da concessão administrativa⁴⁹². Incorporam-se ao regime da concessão administrativa todas as conquistas dos direitos dos usuários exercitáveis em face do Poder Concedente e do concessionário.

3.1 QUEM PODE CELEBRAR UMA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Já do ponto de vista da titularização da qualidade de parceiro público para a celebração de uma concessão administrativa, o espectro de possibilidades é ampliado comparativamente à concessão patrocinada.

Retome-se que a Lei de PPP autoriza a celebração deste contrato, na qualidade de parceiro público, às pessoas políticas da federação (União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal), às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e

⁴⁹¹ Ver item 4.1 do Capítulo III desta Parte (II).

⁴⁹² Este relacionamento opera-se equivalentemente ao de qualquer concessão de serviço público.

Municípios. Poderão também contratar sob esse regime as entidades controladoras dos chamados “fundos especiais”.

Acima já se abordou (a propósito da concessão patrocinada) a situação jurídicas dos entes que podem, na condição de parceiro público, qualificar-se como sujeitos de PPP⁴⁹³. Aquelas conclusões, em grande parte, podem emprestar-se ao exame da concessão administrativa. Mas as hipóteses não são absolutamente equiparáveis neste campo uma vez que não se exige para celebração da concessão administrativa a titularidade serviço público pelo parceiro público – porquanto há espécies de concessão administrativa que não envolvem delegação do serviço público.

Sob este aspecto (sob o ângulo subjetivo), o regime jurídico da concessão administrativa é menos exigente (restritivo) que o da concessão patrocinada. Enquanto no tratamento da concessão patrocinada se reserva a condição de parceiro público apenas àqueles entes que possam exercer certas competências administrativas relacionadas com a titularidade serviço público, na concessão administrativa o rol dos sujeitos que se põem na condição de parceiro público é ampliado, uma vez que em boa parte dos casos versa-se sobre a transferência de atividades e serviços próprios da gestão de qualquer ente administrativo dotado de autonomia jurídico-administrativa.

Logo e em princípio, o modelo da concessão administrativa poderá ser utilizado por quaisquer dos entes administrativos relacionados acima, dentro das possibilidades jurídicas e negociais que lhe são próprias.

4 SISTEMA REMUNERATÓRIO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Como já se viu, na concessão administrativa não haverá tarifação como via de ressarcimento do concessionário. O pagamento do contrato será provido exclusivamente pela Administração, ainda que eventualmente complementado por receitas ancilares à concessão, nos termos do artigo 11 da Lei n. 8987/95.

Como se infere da Lei n. 11079/20004, a contraprestação da Administração Pública poderá assumir a forma de prestação pecuniária ou de outra natureza. Será

⁴⁹³ Ver item 4.2 e seguintes do Capítulo III desta Parte (II).

prestação pecuniária a ordem bancária e a cessão de direitos não tributários. Além disso, a contraprestação poderá constituir-se na outorga de direitos em face da Administração Pública, na outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, ou, ainda, em outros meios admitidos em lei (art. 6º).

O tipo da concessão administrativa, pois, diversamente do que se verifica a propósito da concessão patrocinada, não exige que a via remuneratória do contrato (como meio de pagamento ao parceiro privado) seja necessariamente integrada por contraprestações pecuniárias providas pelo parceiro público. Uma pluralidade de meios jurídicos poderá vestir as contraprestações do parceiro público, inclusive as obrigações pecuniárias. No entanto, a eliminação destas não descaracteriza a concessão administrativa. O relevante, em relação ao seu sistema remuneratório, está em fixar a responsabilidade da Administração aos pagamentos pelas obrigações executadas pelo parceiro privado, que poderá proceder-se pelas formas relacionadas no art. 6º da lei n. 11079/2004 ou por qualquer outro meio admitido em lei.

Considerado o modo como se deve estruturar o sistema remuneratório da concessão administrativa, surgem alguns questionamentos relevantes que envolvem fundamentalmente a sua referibilidade a variantes de risco (risco de utilização e risco de qualidade).

4.1 O RISCO COMO ELEMENTO DO SISTEMA REMUNERATÓRIO DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA

Lembre-se que, nos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei Geral de PPP, a concessão administrativa poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Etribados neste dispositivo alguns autores têm advogado a tese segundo a qual o sistema remuneratório da concessão administrativa deverá pressupor necessariamente remuneração vinculada a certas variantes de qualidade ou de quantidade previstos em contrato. Trata-se de indicar que, como concessão que é, o contrato deverá importar na transferência de certa medida de risco ao parceiro privado, não sendo de sua

vocação a estruturação remuneratória por pagamentos fixos (à semelhança do que ocorre com os contratos administrativos gerais da Lei n. 8666/93).

Esta orientação é proposta por ALEXANDRE S. DE ARAGÃO, para quem “a remuneração do concessionário administrativo deve ter relação direta com a quantidade e/ou qualidade das utilidades concretamente prestadas à Administração Pública ou à população, o que constitui decorrência direta de a Lei impor a repartição de riscos (arts. 4, VI, e 5, III, Lei n. 11079/04). A sua remuneração não pode, portanto, ser fixa – indiferente à quantidade e qualidade dos serviços prestados -, com o que a Administração Pública assumiria todos os riscos, a exemplo do que acontece com a terceirização e a empreitada da Lei n. 8666/93”⁴⁹⁴.

Penso que, de um ponto de vista da economicidade e eficiência administrativas, seja conveniente a estruturação do sistema remuneratório da concessão administrativa a partir de variantes de risco de qualidade (e mesmo de risco de utilização nos casos em isso seja materialmente possível). De fato, o dispositivo do artigo 7º da Lei Geral de PPP deve significar um estímulo à Administração para que promova a economicidade e eficiência em contratações desta natureza valendo-se para tanto de estruturas remuneratórias informadas por estes mecanismos regulatórios de incentivo à eficiência, à racionalização dos custos etc. As variantes de risco funcionam, aqui, como peças chaves desta concepção.

No entanto, parece-me excessivo afirmar a rigidez desta concepção, na acepção de afastar outras configurações remuneratórias que prescindam do risco de qualidade ou do risco de quantidade nas concessões administrativas. A Lei não proscree configurações remuneratórias convencionais, assemelhadas àquelas cultuadas na prática dos contratos administrativos gerais regidos pela Lei n. 8666/93. Apenas propõe a alteração de concepção ao dispor sobre a possibilidade (e não o dever jurídico) em atrelar-se a remuneração do concessionário a variantes de risco.

É verdade, por outro lado, que, como bem apanhado por ALEXANDRE S. DE ARAGÃO, a remissão da Lei n. 11079/2004 a diversos dispositivos do regime da Lei n. 8987/95 (que regulam aspectos como as cláusulas essenciais do contrato – o que envolve a previsão sobre a reversibilidade de bens -; a garantia dos direitos emergentes da concessão; o conjunto de atribuições e obrigações do Poder

⁴⁹⁴ *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 680.

Concedente e da concessionária etc) como aplicáveis à concessão administrativa⁴⁹⁵ revela o apego desta espécie à lógica concessória, que tradicionalmente pressupõe certa dose de autonomia gerencial assegurada ao concessionário, assim como a transferência de riscos (de utilização, sobretudo) inerente à exploração do negócio.

Mas todas estas indicações normativas, como penso, não conduzem a reconhecer um certo figurino para o modelo remuneratório da concessão administrativa. Até porque a transferência de autonomia gerencial ao concessionário e de riscos atinentes à execução do contrato (requisitos que inegavelmente se tiram do regime concessório imposto legislativamente à concessão administrativa) podem operar-se independentemente da vinculação da remuneração do concessionário a risco de utilização ou a risco de qualidade relativos ao seu desempenho.

Os riscos característicos da técnica concessória podem considerar-se presentes na configuração da concessão administrativa na exigência de autonomia de gestão do concessionário. Um dos dispositivos que bem retratam a autonomia do concessionário é o art. 7.º da Lei Geral de PPP. A remuneração do concessionário se vincula à fruibilidade do serviço. Decorre disso a inviabilidade de adotar-se a formatação remuneratória própria dos contratos administrativos gerais, que tem como pressuposto o simples adimplemento da execução das parcelas do contrato. Supera-se, com esta regra, a concepção do controle dos meios, com retribuição do concessionário autorizada pelo só adimplemento da execução das etapas do contrato.

Logo, não se descarta o uso de remuneração fixa ao concessionário (pela prestação do serviço, por exemplo), desde que a eficiência e a racionalização dos custos possam ser alcançadas por técnicas aptas a transferir o risco, por exemplo, de manutenção da infra-estrutura ao concessionário etc. É difícil, por isso, acolher concepções absolutas com relação à configuração do sistema remuneratório da concessão administrativa.

Tal não significa, por outro lado, permitir-se o uso do modelo da concessão administrativa como uma técnica puramente financeira, de fuga ao tratamento jurídico da Lei n. 8666/93 para permitir-se o financiamento de bens a partir da procrastinação de seu custeio. Só há viabilidade jurídica no uso do modelo da

⁴⁹⁵ Reza o art. 3º da Lei n. 11079/2004: “As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”.

concessão administrativa desde que reunidos os pressupostos exigíveis à sua configuração (da sua hipótese de incidência), que depende da existência de prestação de serviços gerada a partir da implementação de infra-estrutura (com investimentos mínimos de R\$ 20 milhões), sendo que, pela prestação dos serviços, ao concessionário se deve impor o risco de manutenção da infra-estrutura gerada em momento anterior – em período mínimo de 5 anos.

PARTE III

O REGIME JURÍDICO DA PPP

CAPÍTULO I

AS DIRETRIZES APLICÁVEIS ÀS PPPs

1 O REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO – ENQUADRAMENTO DO TEMA

O contrato administrativo é uma figura jurídica disciplinada pelo direito positivo. Trata-se de um *instituto*, na acepção de ser um campo regulado pelo ordenamento. A ele se projeta um conjunto de regras e princípios dotado de sistematicidade, e que se articula interativamente a outros campos regulatórios do ordenamento jurídico-positivo. Alude-se, por isso, a esse conjunto de regras e princípios que disciplinam o contrato administrativo como um sistema jurídico.

O regime jurídico do contrato administrativo é constituído explicitamente⁴⁹⁶ por normas constitucionais e infraconstitucionais. A Constituição Federal admite o recurso à via contratual como manifestação da atividade administrativa (inciso do art. 37 da CF), emprestando-lhe, ademais, todo o conjunto de princípios explícitos e implícitos relacionados nos incisos de seu art. 37. Já no inciso XXVII do art. 22, outorga competência privativa à União para legislar sobre normas gerais em matéria de contratos administrativos.

No plano infraconstitucional, identificam-se três modelos normativos configurados a partir da edição de normas gerais pela União. Há um regime geral aplicável (em alguma medida) a todos os contratos administrativos, disciplinado pela Lei n. 8666/93; um regime especial aplicável ao contrato de concessão de serviço público; e um regime especial (em relação ao regime da Lei n. 8987/95, e, de consequência, em relação à Lei n. 8666/93) veiculado pela Lei n. 11079/2004.

O regime da Lei n. 8666/93 pode-se dizer que configura um arcabouço normativo de base para todos os contratos administrativos. Independentemente de conformar (também) um certo tipo de contrato, o regime da Lei n. 8666/93 veicula um regramento sobre o contrato administrativo como figura-gênero. Há um campo normativo delimitado por esta Lei que perfaz um regime genericamente aplicável a todo e qualquer contrato administrativo. É o que se tira, por exemplo, dos artigos 54, 60, 66, entre outros. Mas essa Lei configura também uma certa tipologia de contrato administrativo, que poderia se denominar *contrato administrativo ordinário* ou *geral*,

⁴⁹⁶ A expressão justifica-se porque, *implicitamente*, todo instituto jurídico tem fonte constitucional.

diferenciada dos contratos administrativos de concessão (comum) de serviço público e dos contratos administrativos de parceria público-privada.

Por isso, ao regime da PPP aplica-se subsidiariamente o regime jurídico-base dos contratos administrativos previsto pela Lei n. 8666/93, assim como se aplica o regime jurídico-base da concessão de serviços públicos (Lei n. 8987/95) – pois a PPP é também um modelo concessório.

Todos estes modelos estão articulados sistemicamente. Informam-se, ademais, pelos princípios que compõem aquilo que se chama de regime jurídico-administrativo.

É até ocioso referir a aplicação dos princípios gerais da atividade administrativa ao instituto do contrato. É evidente que, neste campo, a Administração guia-se também pela razoabilidade, pela isonomia etc. O contrato administrativo é também expressão da função administrativa, e, como tal, submete-se ao plexo de princípios que a informam. Mas é possível identificar, de modo especial em relação àqueles princípios classicamente aplicáveis à função administrativa, alguns postulados acolhidos pelo direito positivo brasileiro e que se projetam sobre a figura do contrato administrativo, fundando, assim, o regime jurídico do contrato administrativo.

Não é objetivo deste trabalho investigar propriamente os princípios que orientam o regime jurídico do contrato administrativo. Interessa, neste âmbito, focalizar o regramento mais específico aplicável às parcerias público-privadas, tal como concebido legislativamente. Neste universo, serão analisadas abaixo as diretrizes que deverão guiar a implementação dos programas de PPP, assim como as regras mais específicas definidoras de seu regime jurídico.

2 AS DIRETRIZES APLICÁVEIS ÀS PPPS

A concepção, implementação, execução e conclusão das PPPs devem obedecer a determinadas diretrizes expressamente referidas no art. 4º da Lei Geral de PPP. São elas: (i) a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; (ii) o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; (iii) a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de

polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; (iv) a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; (v) a transparência dos procedimentos e das decisões; (vi) a repartição objetiva de riscos entre as partes; (vii) a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

O conteúdo jurídico de cada uma destas diretrizes será examinado adiante. Antes disso, entendo relevante esboçar uma noção jurídica de diretriz.

2.2. PRINCÍPIOS E DIRETRIZES

Há valor metodológico na distinção entre princípio e diretriz, para os fins da interpretação do direito. Ambas as figuras colocam-se debaixo do rótulo *norma jurídica*, uma vez que operam comandos prescritivos positivados pelo ordenamento. Mas há, de um prisma funcional, diferenças entre as normas que não podem ser desprezadas pelo hermenêuta. Este enfrentamento parece-me útil a propósito da análise do regime jurídico da PPP, particularmente no objetivo de decifrar o conteúdo prescritivo-finalístico das diretrizes relacionadas no art. 4.º da Lei n.º 11079/2004 (ainda que estas diretrizes possam também recobrir o papel de princípios, pois equivalem algumas vezes também a normas-princípios no seio do ordenamento).

Ocupo-me antes do exame da norma-princípio. Para tanto e no objetivo de alcançar a sua singularização (funcional), proponho o resgate de um clássico enfoque que lhe é comparativo com as regras jurídicas.

Há muito na doutrina que se reconhece a distinção entre regras e princípios. Consideradas espécies do gênero normas jurídicas, tem-se que os princípios e regras são distinguíveis sob diversos ângulos. Os princípios são normas jurídicas dotados de alto grau de abstração e generalidade, revelando uma incidência ilimitada (projetando-se a um número indeterminado de hipóteses). São, por isso, ponderáveis e relacionáveis entre si numa dimensão de *peso*, de *importância* — *dimension of weight*. Diferem das *regras* que são aplicáveis numa relação do tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*): se os fatos descritos pela norma ocorrerem, ou a norma é válida, e neste caso o comando ofertado deve ser aceito, ou a norma é

inválida, caso em que ela não contribui em nada para a decisão.⁴⁹⁷ Diferentemente, os princípios são passíveis de se virem afastados uns em relação a outros; o confronto dessas normas se resolve, à luz da proporcionalidade, pelo “peso” e pela “importância” que cada princípio assume no sistema.⁴⁹⁸ Costuma-se explicar, com base neste enfoque, a distinção de tratamento que existe a partir do *conflito de regras* e do *conflito entre princípios*.

O conflito entre regras pode se dar ou pela inclusão de uma cláusula de exceção⁴⁹⁹ ou pela declaração de invalidade de uma delas – neste caso, fazendo-se uso dos tradicionais critérios de solução de convivência entre regras: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

Daí que, não sendo a hipótese da introdução de uma cláusula de exceção, a colisão entre regras produz a exclusão de uma delas. Quando existirem regras em sentidos opostos, o aplicador utilizará de critérios normativos a determinar a exclusão de uma delas, por invalidade. Seu choque, na expressão de DWORKIN, se dá numa relação do “tudo-ou-nada”. Ou se aplica ou não se aplica determinada regra ao caso concreto. Não são passíveis essas normas de serem permeáveis por outras (regras), como se pudesse o intérprete sopesar sua importância face ao caso particular, produzindo sua incidência parcial ou proporcional.

Diversamente se passa com os princípios. Normas dessa natureza são relacionáveis umas com as outras segundo um critério de importância (segundo o *peso* que assumem) em face de dada situação concreta. De sua colisão não se opera a invalidade de um deles. É viável e próprio dos princípios sua aplicação simultânea, tirando-se uma direção hermenêutica mediante exercício de ponderação.⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 24.

⁴⁹⁸ “When principles intersect (...), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is”. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights...*, p. 26 e 27.

⁴⁹⁹ Um exemplo lembrado por ROBERT ALEXY está na colisão entre uma regra que proíba os alunos de abandonar a sala de aula e outra que ordene que os mesmos deixem a sala de aula quando soar o alarme de incêndio. Na hipótese, introduz-se uma cláusula de exceção, ficando a regra proibitiva primeira excepcionada pela segunda regra imperativa. “La estructura de las normas de derecho fundamental”. In *teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 87.

⁵⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights...*, p. 24 e 26.

É observável, entretanto, que a diferença entre princípios e regras não é apenas de grau, envolvendo aspectos qualitativos. Como explica ALEXEY, os princípios são mandados de otimização e, por isso, devem ser realizados na maior medida possível (podendo ser cumpridos em diferentes medidas), enquanto as regras podem ou não ser cumpridas (operada a subsunção), a depender de sua validade. Perceba-se que, enquanto as regras apresentam estrutura que contém uma "programação condicional" — segundo o esquema: se ocorrer o fato *y*, *então* deve ser a consequência jurídica *x* —, os princípios denotam uma "programação finalística",⁵⁰¹ cujo processo de subsunção passa a depender de exercícios de *ponderação*. Estes "permitem uma consideração comparativa de valorações (*Vergleichsbetrachtungen und-bewertungen*), com uma correspondente ampliação da margem de discricionariedade do agente administrativo vinculado por tais normas".⁵⁰²

Logo, é possível reconhecer — com ANA PAULA DE BARCELOS — que, como esquema geral, “a estrutura das regras facilita a realização do valor segurança, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada”⁵⁰³.

Mas nem sempre é simples e clara a classificação de uma norma como regra ou princípio. Em determinadas hipóteses, uma mesma norma pode assumir a feição de regra ou de princípio a depender da situação em que é manejada⁵⁰⁴. A própria

⁵⁰¹ Conforme WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. "Princípio de proporcionalidade e teoria do direito", in *Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 282.

⁵⁰² Conforme WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO. "Princípio...", p. 282.

⁵⁰³ Ainda que essa assertiva deva ser compreendida com reservas, porque, como ressalva a própria autora, há princípios que se encarregam de proteção do valor segurança, como o princípio da legalidade, e regras que cristalizam soluções requeridas por exigências de justiça. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”, In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 79.

Vale notar que o fato do fisiologismo jurídico das regras contribuírem em maior grau para o fortalecimento da segurança (comparativamente aos princípios) não importa concluir, de um prisma econômico e numa avaliação focada nos ganhos de eficiência, pela sua preferência em relação aos princípios. Como comenta FERNANDO ARAÚJO, no seu *Teoria Econômica do Contrato*, “parte-se do pressuposto de que a formulação de princípios, dada a sua maior generalidade, será menos custosa *ex ante* (pense-se que eles são mais resistentes à heterogeneidade e à evolução do universo a que são aplicáveis), sendo no entanto que a respectiva aplicação envolve um maior esforço interpretativo *ex post*, e de que o contrário tenderá a suceder com as regras, mais caras de elaborar e promulgar, mais eficientes em termos de custos de interpretação de aplicação”. (...) “a comparação de ganhos de eficiência e de custos nos planos *ex ante* e *ex post* não permite ser-se muito categórico acerca de uma eventual vantagem absoluta, ou até de uma proeminência teórica, de uma das soluções normativas sobre a outra”. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 550 e 551.

⁵⁰⁴ DWORKIN reconhece essa dificuldade em distinguir em alguns casos as regras dos princípios, aludindo ao *Sherman Act* (que tomava por nulo os contratos que implicassem em proibição

idéia de que o conflito de regras possa se resolver pela introdução de cláusulas de exceção revela uma certa equiparação entre regras e princípios, aproximando aquelas em direção a estes.

O que é relevante, contudo, para esta análise está em reconhecer que a manipulação dos princípios na aplicação do direito aos casos concretos dependerá de um exercício de *ponderação*, que reclamará a ordenação das normas segundo critérios de *proporcionalidade* e de *razoabilidade*⁵⁰⁵, exigindo-se, então, uma adequada justificação decisória nos casos concretos⁵⁰⁶.

Mas os princípios, como normas abertas e dotadas de alto grau de abstração e generalidade, podem ser distinguíveis de um outro grupo de normas dotadas de características semelhantes. Trata-se das normas-objetivo ou normas-diretrizes, expressadas no art. 4º da Lei n. 11079/2004.

De um ponto de vista funcional e ainda num plano *extrajurídico*, normas desta natureza correspondem a veículos de enunciação de certos objetivos (por vezes ligados ao exercício da função de governo); são referidas comumente como diretrizes políticas, com função de alinhar certos objetivos de governo. Estas diretrizes podem restar positivadas pela ordem jurídica, tornando-se assim normas

do comércio). A Suprema Corte (norte-americana) houve por bem entender que tal norma funcionava do ponto de vista lógico como regra, e, na sua substancialidade, como um princípio. *Taking Rights...*, p. 27.

⁵⁰⁵ A *proporcionalidade* desdobra-se em três elementos ou *subprincípios*: a) adequação; b) necessidade e c) razoabilidade (proporcionalidade em sentido estrito). Como *adequação* entende-se que os meios utilizados deverão ser adequados aos fins perseguidos. Impõe-se a *funcionalidade* da decisão, de modo a que essa, como indica SÉRVULO CORREIA, "tem de poder inscrever-se objectivamente numa relação de causa-efeito com o fim ditado ou escolhido". A *adequação* significa que o seu conteúdo (do ato de modificação) haverá de estar em consonância com a via eleita. E a *necessidade* determina que a decisão seja indispensável à conservação do direito protegido, e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz mas menos gravosa (SUZANA DE TOLEDO BARROS). Já a *razoabilidade* remete a um exame da relação custo-benefício da decisão. Pressupõe a *ponderação* de interesses sob a ótica da vantagem buscada. Impõe-se o atendimento a uma relação de equivalência entre o motivo da decisão e o seu conteúdo. Note-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade não produz o alcance da *melhor decisão* possível. O juízo de proporcionalidade traduz muito mais um *limite negativo* à escolha administrativo do que um comando positivo otimizador. SÉRVULO CORREIA observa que a constatação a que conduz o princípio da proporcionalidade cinge-se à afirmação ou negação da adequação, indispensabilidade e razoabilidade do meio eleito. "O que é diferente e mais modesto do que pretender concluir sobre se o meio não seria o mais adequado, ou o mais razoável". "O facto de se concluir que determinada solução teria sido mesmo onerosa do que a efectivamente adotada não excluir a possibilidade da existência de outras ainda porventura mais convenientes". SÉRVULO CORREIA, J. M. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 672 e 673. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 1996, p. 76.

⁵⁰⁶ Emerge neste contexto a relevância das teorias da argumentação que passam a ter o papel de construção de orientações procedimentais a restringir o espaço de indeterminação decorrente da dimensão ideal da ponderação de princípios.

jurídicas, assumindo feição de normas-objetivo. Neste figurino, serão normas prescritivas de objetivos específicos (oferecendo fins prevalentes para a atividade hermenêutica), que orientam teleologicamente a aplicação do direito aos casos concretos.

Uma ponderação útil à tentativa de decifrar o significado da norma-diretriz a partir do confronto com a noção de princípio pode ser encontrada no pensamento de RONALD DWORKIN. O autor utiliza da expressão *policy* para referir a um tipo de padrão, que se poderia incluir num conceito mais abrangente de princípio, revelando uma função ligeiramente distinta daquele, a depender do modo como se articula hermeneuticamente (num plano político). Toma o filósofo por “política” (*policy*)⁵⁰⁷ “aquele tipo de standard que fixa um *objetivo* (da coletividade como um todo) a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que alguns objetivos sejam negativos, por estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Já princípio, como define, é “um *standard* que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁵⁰⁸. Evidentemente que essa distinção de função, como o mesmo DWORKIN reconhece, ruirá se princípios forem interpretados como a expressão de objetivos sociais (por exemplo: como o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarem-se políticas como expressando princípios (isto é: o princípio de que o objetivo que a contém é meritório)⁵⁰⁹.

Apoiando-se nestas noções, não seria errado afirmar que o direito poderá contemplar normas de princípio e normas-diretrizes (ou normas-objetivo – para usar uma expressão de EROS GRAU), que operam funções não precisamente coincidentes. Na medida em que o direito passa a funcionar como dinamização de instrumentos de governo, operacionalizado com vistas à implementação de políticas públicas, surgem as chamadas *normas-objetivos*, que delimitam fins específicos

⁵⁰⁷ EROS GRAU traduz a expressão “policy” como “diretriz”, e reconduz a figura examinada por DWORKIN à noção de norma-objetivo. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158.

⁵⁰⁸ *Taking Rights...*, p. 22. E acrescenta: “Thus the standard that automobile accidents are to be decreased is a policy, and the standard that no man may profit by his own wrong a principle”.

⁵⁰⁹ *Taking Rights...*, p. 22 e 23.

erguidos de objetivos políticos como parâmetro definidor da interpretação do direito (ao mesmo em que a sua positivação tem o efeito de lhes integrar nos fins aos quais o sistema está voltado)⁵¹⁰; “a pesquisa dos fins da norma, desenrolada no contexto funcional, torna-se mais objetiva: a metodologia teleológica repousa em terreno firme”⁵¹¹.

Emprestadas estas noções ao exame das PPPs⁵¹², descortinam-se as diretrizes enunciadas no art. 4º como verdadeiras normas-objetivos, ligeiramente singularizadas dos princípios que lhe são congêneres⁵¹³. Neste papel, revelam um cunho diretivo de certos objetivos específicos por ela expressados, com a função de explicitar finalidades prevalentes a serem observadas na interpretação dos casos concretos. Desta forma, positivados aqueles fins políticos específicos, passam eles a determinar os processos de interpretação do direito, “reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam adequadas, absolutamente, a tais normas-objetivo”⁵¹⁴.

O tipo jurídico da diretriz, considerada sua aplicação à atividade administrativa, relaciona-se com uma Administração de objetivos, que pressupõe a lei como *tarefa de administração* (SCHEUNER) – numa conciliação do princípio da

⁵¹⁰ Ver GRAU, Eros. *A Ordem Econômica...*, p. 167.

⁵¹¹ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica...*, p. 167.

⁵¹² Mas a utilidade dessa noção está no plano da funcionalidade (ou do *fisiologismo*) destes padrões, pois não se tira precisamente do pensamento de DWORKIN a qualidade de norma jurídica daquilo que chama de *policy*. Sua abordagem considera estas figuras como *standards* de argumentação, como sede de justificação de decisões judiciais.

Deve-se ter claro que o empréstimo que se faz aqui de algumas ponderações de DWORKIN é consciente do contexto discursivo em que se inserem, que não aproveita aos fins desta abordagem. O empréstimo daquelas notas pela presente abordagem, portanto, é descontextualizado do ambiente reflexivo em que floresceram. Em verdade, DWORKIN faz uso de uma teoria dos princípios (o que envolve a distinção entre regras e princípios e, ainda, entre política e princípio) como uma teoria da decisão, que se opõe à “discrecionabilidade judicial” (vista a partir da teoria positivista), cujos limites jurídicos estariam adstritos a um sistema de regras. Ver *Taking Rights...*, p. p.82 e ss. e 90 e ss. Ver também: NEVES, Castanheira. “Dworkin e a Interpretação Jurídica”, *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999, p. 264 e seguintes. KOZICKI, Katya. *Conflito e Estabilização: Comprometendo Radicalmente a aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas*. Tese de Doutorado. Florianópolis, 2000, p. 181 e seguintes. CHUEIRI, Vera Karam. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995, p. 109 e seguintes.

⁵¹³ Para VANICE LÍRIO DO VALLE a opção terminológica da lei de PPP (por diretriz ao invés de princípio) não revela mudança substantiva de conteúdo: “em verdade, também quando o art. 4º da Lei n. 11079/04 menciona diretriz aplicáveis à contratação de PPPs, enuncia valores que se revestem de fundamentalidade quando se cogita daquela específica atividade do Estado; traduzindo, em última análise, parâmetros para a aferição da legitimidade de sua opção negocial e dos atos de execução dessa mesma escolha”. *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: Uma Conciliação Possível*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 39.

⁵¹⁴ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica...*, p. 167.

legalidade com o princípio da oportunidade. A lei configura-se “não tanto como ato jurídico estabelecedor de autorizações e limites relativamente à administração, mas sim como instrumento que impõe à administração a transforma”ção em acto de directivas jurídicas e políticas” – diz CANOTILHO. Através desta *tática de imposição* ou de *direção por objetivos* (*Auftragstakt, management by objectives*), a lei, “ao mesmo que impõe a realização de uma tarefa, deixa à administração a combinação dos meios e fins (administração como “regulador”) necessária ao cumprimento das directivas que lhe são traçadas. Ao reconhecer-se, nestes casos, à administração, um papel criativo de modo a adaptar-se a evoluções inesperadas, impõe-se, como corolário do Estado de direito o reforço, relativamente a esta administração, do controle político e jurídico”⁵¹⁵.

Na aplicação do direito das PPPs, as diretrizes funcionarão, então e consideradas na dimensão do fisiologismo normativo, como normas delimitadoras de uma segunda moldura, demarcada antes a moldura pela incidência das regras orientadas pelos princípios. Diretrizes nortearão, a partir daí, as decisões concretas a serem tomadas pelo administrador, como uma orientação programática para o alcance de certos fins prevalentes⁵¹⁶.

Postas essas considerações sumárias sobre as normas-diretrizes, avança-se na missão de decifrar o conteúdo jurídico de cada uma das diretrizes relacionadas no art. 4.º da Lei n.º 11079/2004.

2.2 EFICIÊNCIA NO CUMPRIMENTO DAS MISSÕES DO ESTADO E NO EMPREGO DOS RECURSOS DA SOCIEDADE

A diretriz que impõe à Administração Pública eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade a propósito da celebração de PPPs (inciso 1.º do art. 4.º da Lei n.º 11079/2004) talvez seja a norma que melhor traduza a vocação deste modelo de contrato. A PPP originou-se

⁵¹⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 733.

⁵¹⁶ Lembre-se uma noção - tirada do pensamento de N. BOBBIO - de *normas diretivas*, como aquelas que impõem ao destinatário a obrigação não de respeitá-las rigidamente, mas de as ter presentes delas se desviando apenas com base numa justificação fundamentada. *Enciclopédia Einaudi*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1989, v. 14, p. 104 a 137 e 117. FRANCA FILHO, Marcílio T e FRANCA, Nevita M. P. “A Força Normativa das Diretrizes do Conselho Nacional de Saúde sobre a EC n. 29/200º”, *In Revista Brasileira de Direito Público – RBDP* n. 9. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 179 e ss.

fundamentalmente para disponibilizar à Administração novas vias contratuais na busca por soluções negociais que alcancem maior eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego dos recursos públicos. Esta vocação se explica não só por retratar a PPP um meio à parcerização com o setor privado, segundo uma concepção de que a gestão privada de serviços públicos e de interesse coletivo mostra-se mais eficiente do que a gestão estatal, como também se expressa no modo como restou estruturado esse modelo contratual, traduzida em uma série de regras que oferecem soluções destinadas a estimular a eficiência na gestão de serviços e bens de interesse coletivo e ao reforço da segurança e estabilidade jurídicas do contrato.

A noção fundamental de parceria da Administração Pública com o setor privado para a gestão instrumental de bens e serviços é uma concepção subjacente ao *Estado pós-social* e se revela numa série de iniciativas das políticas estatais dos últimos anos. Em diversos países do mundo, a cooperação entre o setor público e privado tem sido almejada como uma técnica de incremento da eficiência e da economicidade na atuação das Administrações. No universo das múltiplas razões político-econômicas que têm conduzido os Estados a optarem por soluções de parcerização com o setor privado (particularmente sob o formato de *Public Private Partnership*)⁵¹⁷, concorrem principalmente as seguintes:

⁵¹⁷ Há três fatores centrais destacados pelo documento *Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem-Sucedidas*, produzido pela Comissão Européia, que referenciam o interesse internacional pelas PPPs. São eles: (i) Investimentos em infra-estrutura – o crescimento econômico é altamente dependente do desenvolvimento e aperfeiçoamento da infra-estrutura, particularmente em serviços públicos (como energia elétrica, água e telecomunicações) e sistemas de transporte. Além disso, existe em diversos países uma necessidade urgente de uma nova infra-estrutura social, como hospitais e equipamentos de assistência médica, instalações escolares e habitação. Para diversos governos isso é encarado como a área na qual o envolvimento do setor privado é mais premente; (ii) Maior eficiência no uso de recursos – a experiência das privatizações demonstrou que diversas atividades, mesmo as tradicionalmente assumidas pelo setor público, podem ser desempenhadas de forma mais econômica com a aplicação das disciplinas e competências administrativas do setor privado (iii) Geração de valor comercial para os ativos do setor público – montantes significativos de recursos públicos são investidos no desenvolvimento de ativos como tecnologia de defesa e sistemas de informação de tecnologia de ponta, que freqüentemente são usados para uma estreita faixa de aplicações dentro do setor público. Engajar a competência do setor privado na exploração desses ativos em uma faixa mais ampla de aplicações pode levar à realização de um valor incremental substancial para o setor público”. *Diretrizes para Parcerias Público-Privadas bem-sucedidas*, produzido pela Comissão Européia. Março de 2003. www.europa.eu, p. 16.

Já o *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões* apresentado pela Comissão Européia (COM/2004/0327) registra que: “na última década, o fenómeno PPP desenvolveu-se em numerosos domínios da competência do sector público. O recurso acrescido às operações de PPP explica-se por diferentes factores. Dadas as restrições orçamentais com que se confrontam os Estados-Membros, ele corresponde a uma necessidade de financiamentos privados no sector público. Explica-se igualmente pela vontade

- a) o modelo permite a realização de projetos de longo prazo, realizando-se de forma mais eficiente exercícios de planejamento estatal;
- b) o modelo permite a viabilização de projetos de interesse coletivo sem que se aguarde pela disponibilização de recursos públicos;
- c) o modelo propicia uma realização mais ágil e com menor custo do planejamento estatal, atendendo assim de forma mais eficiente as necessidades coletivas. A redução dos custos decorre de maior agilidade do setor privado, que não possui vinculações procedimentais tão rígidas como o setor público, reduzindo seus custos e propiciando maior celeridade na execução de empreendimentos;
- d) o setor privado opera as obras e serviços com maior eficiência do que o Poder Público pode operar;
- e) o modelo produz a reversão aos cofres públicos de capital pela via da incidência tributária sobre a atividade privada empreendedora destes projetos;
- f) o modelo permite a assunção de certos riscos (pelo setor privado) que, de outra forma, teriam de ser assumidos pelo setor público;
- g) o modelo transfere tecnologia e treina agentes públicos durante o curso do projeto.⁵¹⁸

Todas estas razões são perfeitamente invocáveis a justificar as iniciativas do Estado brasileiro quanto ao deslocamento da gestão de atividades e serviços de interesse coletivo às mãos do setor privado (como parte de um processo mais amplo que se põe sob o modelo do Estado regulador). Muitos daqueles motivos aparecem

de beneficiar da experiência e dos modos de funcionamento do sector privado no âmbito da vida pública. O desenvolvimento das PPP insere-se ainda na evolução geral do papel do Estado na esfera económica, passando do papel de operador directo para o de organizador, de regulador e de fiscalizador". www.europa.eu, item 3.

⁵¹⁸ SAVAS, E. S. *Privatization and public private-partnerships*. New York: Seven Bridges Press. p. 240.

Vale notar, também, que, como bem apanha ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO a propósito de certos efeitos (práticos) positivos que decorreram de alguns aspectos das reformas estatais dos últimos anos (especialmente a partir dos programas de concessão), "o repasse da atividade de construção e exploração de obras viárias, ferrovias, portos e hidrovias, assim como de telecomunicações e serviços de energia elétrica e aproveitamento energético de cursos de água, à iniciativa privada, cujo investimento e lucro está assegurado pela cobrança de tarifas ou pedágio, proporcionou a abertura de novas perspectivas, inclusive quanto à multifariedade de opções disponíveis para a comunidade usuária". Chama a atenção para "a ocorrência de uma verdadeira democratização dos serviços de telefonia no país, possibilitando uma incomensurável ampliação no número de usuários, deixando o telefone de ser um privilégio de poucos". *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 187.

não só como justificadores da busca por soluções generalizadas de cooperação entre setor público e setor privado (principalmente a partir do recurso ao *contrato em si*), como se revelam, mais especificamente, no modo como o modelo nacional de PPP foi edificado.

Do ponto de vista da estruturação do regime da PPP, é notável o propósito do legislador em dotar essa disciplina de instrumentos regulatórios aptos a produzir incentivo às partes contraentes, estimular a eficiência das parcerias e a reforçar a estabilidade e a segurança dos ajustes. Diversos aspectos do regime jurídico da PPP justificam uma tríplice missão que a teoria econômica atribui aos contratos eficientes:

- a) promoverem uma distribuição eficiente dos riscos;
- b) estabelecerem incentivos adequados às partes ao cumprimento do acordo;
- c) economizarem em custos de transação⁵¹⁹. A Lei de PPP acolheu um regime jurídico apto a perseguir estes objetivos econômicos.

O principal instrumento regulatório vocacionado a incrementar a eficiência em contratos de longo prazo (tal como é a PPP) disponibilizado pelo regime das parcerias está na alocação dos riscos. Diz-se que um contrato será eficiente quando cada parte arcar com os riscos que melhor condição tem de administrar (a repartição objetiva de riscos entre as partes configura, aliás, diretriz a ser seguida na conformação dos ajustes de PPP, conforme o inciso VI do art. 4.º da Lei n. 11079/2004).

A possibilidade da transferência dos riscos de construção e de manutenção da infra-estrutura ao parceiro privado (submetendo-lhe o risco da qualidade da execução da infra-estrutura pelo período mínimo de 5 anos - o que se infere pela interpretação conjugada do inciso III do § 4º do art. 2º com o inciso II do mesmo dispositivo) é um exemplo de técnica contratual vocacionada à tonificação da eficiência. A possibilidade jurídica da remuneração atrelada ao desempenho do parceiro privado traduz outro exemplo (parágrafo único do art. 6º).

Já o sistema de garantias, ineditamente construído também a partir de disponibilização de garantias às contraprestações do parceiro público (o que envolve a possibilidade de instituição de um fundo garantidor dotado de personalidade

⁵¹⁹ AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha. *Gestão de Riscos em Contratos de Parceria Público-Privada*. Dissertação de Mestrado em Administração Pública. Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro – Belo Horizonte, Minas Gerais. 2006.

jurídica de direito privado – inciso V do art. 8º), retrata o acolhimento de instrumentos relevantes na redução dos custos transacionais (funcionando, sob um prisma econômico, como um mecanismo corretivo dos efeitos gerados por uma má-reputação⁵²⁰ da Administração no cumprimento de seus compromissos contratuais e, ainda, daqueles decorrentes de um burocrático e moroso procedimento de pagamento de débitos da Administração – o sistema de precatórios) e na busca pela economicidade.

Portanto, a busca pela ampliação da eficiência e da economicidade na formatação de contratos administrativos foi o que primordialmente conduziu o legislador à criação jurídica da PPP. E isso se retrata na modelagem de seu regime jurídico.

O fundamental, aqui, contudo, é referir à eficiência como norma-diretriz a ser seguida na execução dos programas de PPP. A inscrição dessa norma-diretriz no artigo 4º da Lei Geral de PPP impõe à Administração o *dever* de objetivar sempre resultados eficientes e econômicos nas ações de programação, execução e conclusão de parcerias público-privadas.

A diretriz de eficiência terá um papel preponderante na fase de programação da PPP, o que envolve não só as decisões acerca do recurso à *forma* da PPP (alternativamente a outros formatos), como aquelas que optam por certa configuração de conteúdo (estipulativo) nos casos concretos; a escolha em utilizar-se do modelo das PPPs (alternativamente a outras tipologias contratuais) e, ainda, quanto à sua customização aos casos concretos deve estar assentada em razões de eficiência e de economicidade concretamente verificadas e justificadas. A lei exige essa justificação ao condicionar a abertura do processo licitatório que conduzirá à contratação da parceria público-privada à autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre “a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada” (a, I, art. 10.º). Esta demonstração é exigível não só a propósito do uso do modelo PPP, mas, também, quanto à estipulação do conteúdo concreto do ajuste, acerca da configuração que lhe é concretamente

⁵²⁰ Ver SPECTOR, Horacio. *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 130 1 33.

aplicada. Trata-se de evidenciar que essas decisões estão amparadas em premissas técnicas, sendo o resultado de estudos e verificações concretas.

Há, por outro lado, quanto à obediência à meta de economicidade (que impõe à Administração um dever de eficiência no emprego dos recursos da sociedade), uma série de constrangimentos jurídicos impostos pela Lei Geral de PPP a pautar a conduta do administrador. Os dispositivos dos incisos I, II, III, IV e V do art. 10º da Lei prescrevem exigências destinadas à demonstração de uma responsável gestão fiscal no uso da PPP. Estas regras asseguram um controle acerca do emprego dos recursos públicos em programas de PPP, a partir do monitoramento de seus efeitos colaterais na gestão fiscal mais abrangente da Administração. Isso envolve análises prospectivas, que devem ser demonstradas por ocasião da abertura do processo de licitação da PPP.

É preciso observar que os juízos de eficiência envolvidos nestas decisões e avaliações administrativas não resultam de singelas operações matemáticas, reconduzíveis a parâmetros absolutamente seguros de avaliação. São ponderações que decorrem de avaliações discricionárias da Administração, na esfera daquilo que se chamou de “discricionariedade técnica” (e que são informadas também pela teoria econômica)⁵²¹. São por isso decisões e avaliações altamente complexas e que consideram diversos aspectos econômico-financeiros implicados na estruturação da solução contratual buscada⁵²².

Logo, a opção pelo modelo das PPPs deve resultar de uma análise conjuntural, que envolverá diversos ângulos de apreciação. Não se resume a constatações matemáticas, mas decorrem de juízos de apreciação discricionária. Como tais, serão intangíveis (pelo controle judicial), dentro da margem própria de apreciação administrativo-discricionária. Sua legitimação (e validade) decorrerá de uma adequada justificação que lhe será exigível em todos os casos.

⁵²¹ No que diz com o controle do mérito das ações administrativas, confrontáveis com *standards* de eficiência e economicidade, é sempre problemático acolher critérios definitivos e rígidos a pautar a latitude de ação discricionária de que goza a Administração na busca por seus objetivos. Sob este pretexto, não é lícito ao intérprete (e ao juiz) invadir a esfera de apreciação própria do administrador. A problemática que se revela aí reporta-se à sempre complexa discussão acerca do controle da discricionariedade da Administração.

⁵²² É de se lembrar aqui o que disse VANICE LÍRIO DO VALLE, no sentido de que o processo de escolha pública (neste particular) “nem sempre será presidido exclusivamente pela dimensão financeira de custo-benefício da execução direta, na medida em que outros valores, não traduzíveis monetariamente, que podem reger a escolha do Estado”. *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: Uma Conciliação Possível*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 49.

A formação do juízo administrativo acerca da eficiência no uso das PPPs deverá resultar de análises comparativas com formatos alternativos. Nesta missão e consideradas as características da PPP - que surge como uma técnica conformadora de um certo modo de *financiamento* de empreendimentos públicos e de um certo modo de *gestão* de bens serviços -, a opção pelo modelo contratual deverá amparar-se em análises focadas em aspectos não só puramente financeiros (considerando-se o custo de financiamento do empreendimento) mas quanto às especificidades da gestão concessória (sob um ângulo econômico).

Considerada como uma técnica peculiar de financiamento de empreendimentos públicos (o que considera especialmente o uso da concessão administrativa como alternativa à simples *terceirização*), a PPP deve ser confrontada com outros modelos que importam no financiamento da execução do empreendimento a partir de recursos integralmente públicos⁵²³. Ao se optar pelo uso da PPP, transfere-se para o setor privado o custo de captação dos recursos necessários à execução do objeto do contrato. Este custo será incorporado no preço pago pela Administração quando da exigibilidade futura dos pagamentos. A decisão pela forma da PPP não pode, assim, desprezar os exames financeiros que informam o cotejo entre as modelagens jurídico-contratuais possíveis a determinado caso concreto.

Do ponto de vista do modelo de gestão, a complexidade organizacional da PPP tipifica uma certa solução contratual (e empresarial), que revela uma técnica de gestão cujas vantagens e desvantagens devem ser consideradas (e contrastadas com aquela decorrentes de outras vias) no bojo dos estudos e verificações que orientarão a opção pelo formato. A PPP também funciona como um modelo de

⁵²³ A análise comparativa é também uma técnica necessária na avaliação do *value for money* aplicado às PFIs, o que torna este um conceito relativo, como indica o documento *Value for Money – Assessment Guidance* produzido pelo Tesouro Britânico: “In assessing and delivering VfM it is also important to note that VfM is a relative concept which requires comparison of the potential or actual outcomes of alternative procurement options”. (...) This requires a high degree of estimation, especially where experience and/or data on similar projects procured under different procurement routes is limited. However, as markets change and mature, what may have been considered the most appropriate way to procure a project, or the best terms which could be achieved, may change. Therefore, care must be taken when comparing and benchmarking current situations to historical information and data. *Value for Money – Assessment Guidance*. HM Treasury Contracts. London. 2006, p. 7. In *hm-treasury.gov.uk*

gestão de empreendimentos públicos, sendo esse um ângulo importante na indicação do formato mais eficiente a ser aplicado a certo caso concreto⁵²⁴.

Assim, é imperioso demonstrar suficientemente estes cotejos, alcançando-se, à semelhança do que se conhece no direito anglo-saxão como *value-for-money*, que a opção pela PPP traduz a melhor formatação à valorização do dinheiro público.

2.2.1 O Conteúdo Jurídico da Eficiência

A eficiência é um *valor* prezado pelo Direito Administrativo. Lembre-se que a emenda constitucional 19 de 1998 introduziu no *caput* do artigo 37 da Constituição o *princípio da eficiência*, explicitando sua aplicabilidade à atividade da Administração Pública⁵²⁵. Essa norma, consagrada como "direito difuso da cidadania",⁵²⁶ já desde antes se impunha à ação administrativa, sacando-se sua existência do princípio da *melhor administração* consagrado pelo regime jurídico-administrativo. O Estado tem o dever de atuar eficientemente na condução dos interesses da coletividade, agindo de molde a atingir melhores resultados a partir da racionalização dos meios. Isso não significa, obviamente, descurar de outras garantias ou relativizar a incidência de outros princípios. Significa a adoção de meios eficientes e racionais, mas que se conformem aos imperativos constitucionais e legais impostos à Administração⁵²⁷.

⁵²⁴ Assim e por exemplo, na avaliação do *Best Value* a propósito da experiência das *Private Finance Initiative* - refere PHILIPPE COSSALTER -, "a Administração pode, teoricamente, executar uma infra-estrutura por um custo inferior ao setor privado, em virtude especificamente de taxas de empréstimo mais reduzidas. Mas o governo britânico considera que despesas adicionais são inevitáveis, como despesas adicionais devidas ao atraso na execução das infra-estruturas, à potencial gestão defeituosa, à ausência de iniciativa e de inovação, à impossibilidade de realizar economias de escala". "A Private...", *In Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005, p. 445 e 446.

⁵²⁵ A propósito de um exame crítico acerca da eficiência como valor a ser prezado pelo Direito, veja-se GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

⁵²⁶ A expressão é de DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Apostamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 38.

Cabe mencionar que a eficiência como valor jurídico teve grande prestígio ao tempo do ciclo gerencial da década de 60, que teve no Decreto-lei 200/67 seu marco legal fundamental.

⁵²⁷ Conforme MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a eficiência é um princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito. *Direito administrativo*, 13a. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 84. Também e segundo EGON BOCKMANN MOREIRA, o princípio da eficiência deve ser concebido como estritamente vinculado aos demais princípios do *caput* do art. 37: legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. "Não há cumprimento ao princípio da eficiência que pressuponha ou autorize menosprezo às demais previsões do art. 37". "Processo administrativo e princípio da eficiência", *in As Leis de Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 330.

A noção de eficiência prende-se com a maximização de resultados. Ao agente público não é dado contentar-se com a mera *utilidade* dos meios com vistas ao atingimento da finalidade normativa. Deve perseguir o *melhor resultado* possível a partir da eleição de *meios idôneos, compatíveis e proporcionais*. Tem a dimensão não só da "racionalidade e otimização no uso dos meios", mas, sobretudo, da "satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa públicas".⁵²⁸ Para fins jurídicos, eficiência "não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados", mas "diz respeito tanto à otimização dos meios quanto à qualidade do agir final".⁵²⁹

A obrigação de atuação eficiente, comenta PAULO MODESTO, acarreta a imposição de uma (a) ação idônea (eficaz); (b) econômica (otimizada) e (c) satisfatória (dotada de qualidade).⁵³⁰

Já o conteúdo da economicidade é derivado da noção de eficiência⁵³¹. Isto é: uma conduta eficiente gera economia e promove economicidade, assim como a gestão econômica perfaz um comportamento eficiente. Economicidade pressupõe o dever de buscar a maximização dos resultados nas alocações de recursos públicos. De um ponto de vista da geração de despesas, traduz um comando para a melhor alocação possível dos recursos, minimizando perdas e ampliando os ganhos de resultado (que envolvem, sobretudo, análises prospectivas).

Socorrendo-se do pensamento de MARÇAL, pode-se propor uma delimitação da incidência do princípio da economicidade sob três aspectos: a) *previsibilidade*, admitindo-se que a economicidade será atendida quando a avaliação deu-se dentro

⁵²⁸ MODESTO, Paulo. "Notas para um debate sobre o princípio da eficiência", in *Revista de direito administrativo e econômico*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 45. O mesmo autor conceitua o princípio como "a exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público". "Notas...", p. 45.

⁵²⁹ MODESTO, Paulo. "Notas...", p. 45.

⁵³⁰ "Notas...", p. 45. O mesmo autor conceitua o princípio como "a exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público". "Notas...", p. 45.

⁵³¹ Comenta ONOFRE BATISTA JUNIOR: "Intrínseco à noção de eficiência, proveniente dos domínios das Ciências Econômicas e da Administração, reforça-se a noção de economicidade pelo art. 70 da CRFB/88, que o coloca como verdadeiro vetor para a sindicância da boa ou má administração, em termos de verificação da regular gestão dos recursos públicos, sob o ângulo e enfoque econômico-financeiro". *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 229.

de padrões normais de racionalidade e de previsibilidade, não se considerando a aleatoriedade de fatos supervenientes; b) *relevância de outros fatores* (não-econômicos), pela advertência de que o critério da maior vantagem econômica não se apresenta como absoluto, sendo que outros valores não-patrimoniais, hierarquicamente superiores, não poderão restar frustrados ou serem postos a risco pela escolha da solução economicamente mais vantajosa; c) *formalidades jurídicas*, quando não se poderão infringir-desprezar regras atinentes a *formalidades* em homenagem pura e simplesmente à máxima vantagem econômica. O princípio da economicidade não autoriza a supressão de ritos formais ou de atendimento a formas prescritas em lei sob o argumento de melhor resultado sob o prisma econômico financeiro.⁵³²

Como diretriz a ser seguida em ajustes de PPP, o controle da economicidade se materializa em uma série de constrangimentos jurídicos previstos tanto pela Lei n. 11079/2004 como pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Adiante serão examinados mais especificamente aspectos relevantes deste controle.

2.1.3 O Valor Segurança Jurídica e os Custos de Transação

Impor à Administração o dever de estruturar ajustes de PPP de modo eficiente e econômico significa impor-lhe o dever jurídico de revesti-los de adequada segurança jurídica. Talvez este seja um dos valores que assumem maior relevância na conjuntura jurídico-econômica das PPPs, por impactar diretamente os custos de transação envolvidos na assinatura dos ajustes. O valor segurança jurídica adquire, cada vez mais, um papel acentuado na construção de um padrão teórico-conceitual de eficiência como diretriz aplicável à Administração Pública. Do ponto de vista da concepção e programação contratual, as missões de eficiência e economicidade revelam a busca por formatos que inibam o incremento dos custos de transação nos negócios do Estado, produzindo-lhe soluções menos onerosas. Pois a redução dos custos transacionais associa-se ao fortalecimento da estabilidade e segurança jurídicas nas relações jurídico-contratuais da Administração.

⁵³² *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12a. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 65.

A noção de custo de transação remete ao pensamento de RONALD COASE, uma das principais influências da *Análise Econômica do Direito* e da *Nova Economia Institucional*. Foi com COASE que o tema ganhou prestígio, em estudo de 1937 nominado *The Nature of the Firm*⁵³³, o qual lhe granjeou o prêmio Nobel da economia, em 1991. O economista destacou a impossibilidade de se compreender o sistema econômico ignorando-se os custos suportados para levar a cabo transações no mercado. A firma, integrada e composta por um feixe de contratos, tende a internalizar ou externalizar as relações contratuais a partir de uma análise dos custos de transação. Isto é: o recurso à contratação através do mercado ou à produção internalizada (firma) não depende exclusivamente de uma análise acerca dos custos de produção, mas da consideração dos custos incidentes nas relações de troca. Se os custos de transação apresentam-se elevados, há uma tendência da firma em internalizar as relações contratuais. Reversamente, o agente optará pelas relações de mercado num contexto de custos de transação reduzidos.

De acordo com o raciocínio *coasiano*, a redução dos custos de transação amplia a eficiência do mercado, facilitando o sistema de trocas. Um ingrediente indutor da redução dos custos transacionais está num sistema bem definido de direitos de propriedade⁵³⁴. A expressão custos de transação é utilizada pelo economista – como explicam ROBERT COOTER e THOMAS ULEN – para incluir todos os impedimentos da negociação. “Dada esta definição, a negociação necessariamente triunfa quando os custos de transação forem iguais a zero”⁵³⁵. Este raciocínio celebrou, já numa outra abordagem do economista acerca dos *transaction costs*, o Teorema de Coase⁵³⁶, pela afirmação de que, num ambiente em que os custos de transação sejam iguais a zero, a negociação privada promoverá uma alocação

⁵³³ COASE, Ronald. *The Firm, The Market and The Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 33 e ss.

⁵³⁴ Trabalhando ainda a temática dos custos de transação, COASE demonstrou, em estudo posterior, que, num ambiente em que os custos de transação sejam iguais a zero, a negociação privada promoverá uma alocação eficiente dos recursos, sendo então indiferente a alocação dos direitos de propriedade (o que ficou conhecido como o TEOREMA DE COASE).

⁵³⁵ *Derecho y Economía*. México D. F: Fondo de Cultura Económica. 1998, p. 117.

⁵³⁶ O problema fundamental tratado pelo *Teorema de Coase*, ainda que implícito em trabalhos anteriores, é desenvolvido num artigo científico de 1970, nominado “The Problem of Social Cost”, reproduzido em *The Firm, The Market and The Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 95 e ss. Vale referir que tanto a expressão (*Coase Theorem*), como precisamente a sua formulação, devem-se a STIGLER (ainda que baseada no pensamento de R. COASE). Ver COASE, Ronald. “Notes on The Problem of Social Cost”, *In The Firm, The Market...*, p. 157.

eficiente dos recursos, sendo então indiferente a alocação dos direitos de propriedade⁵³⁷.

Uma das advertências que decorreram da obra de COASE é, portanto, o reconhecimento de que a compreensão do sistema econômico, ou a definição de políticas econômicas, não pode prescindir do exame da temática dos custos de transação.

No plano da Teoria do Contrato, a noção de custos de transação adquire um uso generoso, fazendo-os corresponder a três causas principais, no dizer de FERNANDO ARAÚJO: (i) custos de redação do clausulado (custos de complexidade); (ii) custos de disciplina contratual; e (iii) contingências imprevistas⁵³⁸. Aplicada ao contrato administrativo, a Economia dos Custos de Transação importa considerar, então, todo o conjunto dos custos relacionados à firmatura destes ajustes. Neste contexto, um dos principais fatores a influenciar os custos transacionais, e que se relaciona com a maximização da eficiência nas relações contratuais administrativas, está na segurança do ambiente institucional que circunda o contrato.

Alude-se, neste domínio, à *segurança jurídica*, como um valor, “um marco de previsibilidade dos agentes estatais”, que se mede tanto *estática* como *dinamicamente*⁵³⁹. Pondera CASSAGNE que, num sentido estático, haverá segurança jurídica quando exista o império da lei, a divisão de poderes e, sobretudo, a proteção jurídica do contrato. A dinâmica desta segurança “exige que quando os agentes públicos atuem em defesa do interesse público ou ajam sem alterar os direitos adquiridos pelos investidores”, requerendo, também, que estes funcionários sejam idôneos, “dado que a segurança jurídica não se coaduna com a presença de corrupção no exercício das funções públicas”⁵⁴⁰.

Mais do que uma insegurança jurídica constatável num plano estático – para usar a classificação de CASSAGNE – é em sua versão dinâmica que a segurança jurídica não tem prevalecido na experiência administrativa brasileira. Talvez fosse possível destacar, no contexto da contratação administrativa no Brasil, um processo

⁵³⁷ No dizer de COOTER e ULEN, “si los costos de transacción son nulos, no teremos que preocuparnos por especificar las reglas legales referentes a la propiedad para alcanzar la eficiencia”. *Derecho...*, p. 117.

⁵³⁸ *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 198.

⁵³⁹ *Fragmentos de Derecho Administrativo: Entre La Justicia, La Economía y La Política*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 213.

⁵⁴⁰ *Fragmentos...*, p. 213.

de degradação do valor segurança, que tem se operado empiricamente em duas frentes: por ação da Administração em práticas reiteradas de inadimplemento, quebra da boa-fé, ingerência política e intervenções desnecessárias no plano dos contratos; e como resultado da prática de interpretações ampliativas do campo da invalidade do contrato administrativo (o que decorre, também, de uma certa banalização do recurso ao juízo de inconstitucionalidade de leis que amparam a configuração dos modelos contratuais).

O primeiro foco de condutas degradantes do valor segurança relaciona-se com os excessos cometidos pela Administração na posição de contratante com o setor privado. Esses excessos tanto resultam de um afrouxamento ou flexibilização quanto à hermenêutica das prerrogativas exorbitantes no âmbito da execução dos contratos (fazendo-se uso reiterado e não-imprescindível destas competências), como podem mesmo derivar de condutas de inadimplemento.

Desta prática decorre uma outra conseqüência que contribui a incrementar os custos transacionais. Condutas de inadimplemento (em sentido amplo) incorridas pelo Poder Público (pessoas de direito público) submetem o lesado, no objetivo de recuperar-se dos prejuízos que lhe porventura tenham sido causados, ao (famigerado) sistema de precatórios. Além do fator *acesso à justiça* (especialmente no direito brasileiro) ter um peso não desprezível no cômputo dos custos transacionais na generalidade das contratações ou transações (tendo-se em vista suas imperfeições, terreno em que se destaca sua extraordinária longevidade), a submissão, neste contexto, do contratado-credor ao sistema de precatórios, considerados os índices de falibilidade e de não-efetividade do modelo em diversas Administrações, traduz um incremento daqueles custos⁵⁴¹.

⁵⁴¹ Não por acaso, então, o legislador da PPP introduziu-lhe um sistema de garantias apto a fugir às deficiências do modelo dos precatórios, alcançando, com isso, melhores condições econômicas (e de eficiência) à celebração das parcerias.

Talvez se possa dizer que essa solução, de um ponto de vista *conjuntural*, não se afigura como a mais eficiente à sociedade. Como já disse GUSTAVO LOYOLA, referindo-se ao risco legal no Brasil (como ineficiência da Justiça), "havendo problemas nesse campo - como morosidade e imprevisibilidade - os custos de transação na economia aumentam, inclusive nos contratos de PPPs. Mas, se tentar corrigir esses problemas no âmbito dos contratos das PPPs, mediante garantias específicas, o governo tomaria o caminho de maior custo para a sociedade e geraria tratamento não isonômico em relação aos agentes privados que conduzem seus negócios fora da "redoma" das PPPs. Daí resulta a constatação de que as PPPs não substituem políticas "horizontais" destinadas à melhoria do ambiente de negócios no País, inclusive e principalmente no que diz respeito ao marco regulatório". *PPPs mal concebidas são um grande risco*. www.habitasul.com.br.

Práticas destas naturezas maculam a reputação (gerando-se um déficit de confiança⁵⁴²) da Administração como ente contratante, conduzem à ampliação progressiva da insegurança e podem produzir efeitos equivalentes àquilo que a doutrina econômica chama de “seleção adversa” (GEORGE AKERLOF)⁵⁴³. O tema se relaciona com os efeitos da assimetria informacional na relação pré-contratual, produzindo-se a adjudicação de propostas desvantajosas (pelo nivelamento mediano da reputação dos agentes), com a rejeição dos melhores ofertantes. No seio do contrato, “a seleção adversa manifesta-se em múltiplas dimensões, que vão desde a escolha de parceiros contratuais até à compatibilização de incentivos entre as partes e à configuração concreta dos termos contratuais: aquele que procura uma solução contratual, ignorando as características dos potenciais parceiros e as intenções deles (que para ele são *experience goods*, insusceptíveis de revelarem as suas características *ex post*), oferece condições contratuais medianas que afastam os melhores parceiros potenciais – aqueles que, conhecendo as suas próprias características e julgando-se acima da mediana, consideram desvantajosas as condições propostas. Sucede que as condições iniciais já não são medianas para a ‘metade pior’ que subsiste, e isso aconselhará uma degradação das condições contratuais oferecidas, e assim sucessivamente, até por fim as condições serem aceitáveis apenas pelo pior dos potenciais parceiros contratuais, o último com quem inicialmente haveria a intenção de contratar: rematando-se assim o processo de ‘seleção adversa’ com um verdadeiro e próprio colapso da contratação”⁵⁴⁴.

Num certo sentido, estas práticas nocivas à contratação administrativa podem revelar efeitos equiparáveis à seleção adversa. A ausência de previsibilidade quanto ao cumprimento dos contratos pela Administração conduz os privados a embutirem em suas ofertas a precificação desta insegurança, inserindo nos preços oferecidos ao Poder Público os custos destinados a minimizar um ressarcimento eventual

⁵⁴² É num ambiente de confiança que se alcança baixos custos de transação. É ele uma espécie de “aglutinador social, que permite às pessoas interagirem a baixos custos de transação, o que equivale a dizer que é promotor de bem-estar social, especificamente na medida em que viabiliza mais investimento produtivo em condições de complementariedade e interdependência”. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 360.

⁵⁴³ O Economista formulou a problemática estudando o mercado de veículos usados (a que chamou de *lemons*) nos Estados Unidos. AKERLOF, G. “The Market for Lemons: quality uncertainty and the Market Mechanism”, *In Quarterly Journal of Economics* n. 84, 1970, p. 488 a 500. Ver, ainda e em relação ao tema, AZEVEDO, Paulo Furquim de. “Contratos – Uma Perspectiva Econômica”, *In Direito e Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações* (org. DECIO ZYLBERSZTAJN e RACHEL SZTAJN). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 122 e ss.

⁵⁴⁴ *Teoria Econômica...*, p. 285.

decorrente de práticas de descumprimento ou instabilização contratual (precificando, assim, um cenário pessimista de custos).

Não seria errado, ademais, apontar um alcance horizontal dos efeitos negativos daquelas práticas, maculando a imagem da “Administração Pública” como instituição contratante. Assim, setores do Poder Público mais ajustados à boa-fé e ao cumprimento estrito do contrato são prejudicados pela nivelação das ofertas geradas pelo setor privado (equalizadas num nível desvantajoso para algumas Administrações, em decorrência de uma situação de assimetria informacional).

Um segundo foco (degradante do valor segurança) situa-se nas ações interpretativas ampliativas do campo da invalidade do contrato administrativo. Este problema opera-se em duas vertentes: (a) no terreno da hermenêutica dos vícios que porventura possam macular os ajustes concretos; e (b) na esfera do juízo de constitucionalidade de leis que configuram juridicamente tipos contratuais administrativos.

A primeira vertente envolve uma desvirtuada compreensão da hermenêutica do contrato, que tem sua força jurídica muitas vezes aniquilada pela atribuição de uma extensão desmedida aos efeitos dos vícios que podem porventura macular o processo de formação do contrato. Não são raras interpretações que vêm no repertório dos vícios hábeis a tornar inválido o processo de formação do contrato administrativo (aqueles que envolvem as cautelas procedimentais e formais impostas à externalização da vontade administrativa para este fim) razão suficiente para a invalidação do contrato. Tal deriva de uma leitura errática do disposto no art. 59 da Lei n. 8666/93⁵⁴⁵, combinado com o § 6º do art. 7º e com o § 6º do art. 49 da mesma Lei, regras gerais aplicáveis às contratações administrativas.

Esta não é, evidentemente, a sede para o desenvolvimento da análise jurídica envolvida nesta problemática. Interessa, aqui, apenas apontar que, de um ponto de vista empírico-econômico, o acolhimento pelos operadores jurídicos de interpretações com tal elasticidade produz a corrosão da segurança contratual

⁵⁴⁵ Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

(como valor institucionalmente prezado nas relações contratuais-administrativas) e o agravamento dos custos de transação no universo dos contratos públicos.

Mas seria oportuno registrar os excessos desta hermenêutica, que tem por efeito inibir a força do contrato em prejuízo (inclusive) da boa-fé do contratado. Talvez a ausência de uma construção mais sólida a propósito do regime de invalidades dos *contratos administrativos*, o que conduziu historicamente os publicistas a socorrerem-se do regime de invalidades aplicável às *providências unilaterais* da Administração, seja uma causa prevalente na formação desta hermenêutica. O esforço de acomodação do instituto do contrato pela doutrina do direito administrativo no seio do regime jurídico-administrativo resultou em emprestar ao instituto teorias desenvolvidas a propósito dos atos administrativos, ainda que esses funcionem segundo a lógica da unilateralidade, descortinando um tratamento jurídico muitas vezes inadequado para condicionar relações jurídicas *contratuais*. Um exemplo deste desvirtuamento esteve em carrear para a teoria do contrato administrativo o poder administrativo de invalidação *ex officio* dos atos administrativos.

O regime de invalidade dos atos e procedimentos formativos do contrato administrativos não deve se guiar a partir do desprezo pelas conseqüências que decorrem da necessária estabilização dos efeitos da formação do contrato, que alcançam o contratado de boa-fé e, colateralmente, todas as relações derivadas travadas com terceiros. Desde que não haja concurso do contratado na formação do vício que macula a produção do contrato (o que se evidencia por uma conduta de má-fé do particular-contratado), inviável a invalidação do contrato. Os defeitos de formação atribuíveis à Administração não são causas aptas a alcançar a desconsideração dos efeitos bilaterais do contrato, de sua força jurídica própria, que irradia estabilidade e segurança quanto ao avençado. E, neste domínio, não se pode propor uma interpretação ampliativa da responsabilidade do contratado, pondo-se sob ela erros e defeitos de produção e de formação do contrato, fundada numa espécie de dever atribuível ao particular de vigilância à correção e lisura dos processos envolvidos na formação do contrato⁵⁴⁶. Interpretações desta natureza são

⁵⁴⁶ MARÇAL JUSTEN FILHO sustenta a impossibilidade de reprovar-se a conduta do sujeito que se submete, pura e simplesmente, ao princípio da presunção de validade do ato administrativo: “Um exemplo prático permite compreender a diferença. Imagine-se que a Administração instaure licitação sem observância dos pressupostos necessários. Um particular, confiando na lisura de todo e

atentatórias, entre outros, aos princípios da boa-fé contratual e da segurança jurídica.

Esta hermenêutica ampliativa no terreno das invalidades dos contratos administrativos é vocalizada não só por setores da doutrina, como também pela jurisprudência, na sede de um controle judicial do contrato, sendo certo que a afirmação judicial destas teses potencializa os efeitos degradantes da *segurança* como valor prezado pela teoria do contrato⁵⁴⁷.

No domínio ainda de uma exegese ampliativa dos domínios da invalidação dos contratos administrativos (por vícios detectáveis em seu processo de formação) um outro poderoso fator combativo do valor segurança, agora não propriamente decorrente de uma interpretação quanto à substância dos vícios, mas quanto à forma (processo) de invalidação, reside no uso de competência para a invalidação *ex officio* expressada em atos de efeito auto-executório. No terreno do direito, trata-se de solução, a meu ver, inválida, favorecedora do amesquinamento dos direitos do contratado (direito à segurança e estabilidade ao avençado). De uma leitura lógico-normativa do ordenamento, assim já concluiu pioneiramente CARLOS ARI SUNDFELD⁵⁴⁸.

qualquer ato concreto do Poder Público, comparece ao certame, obtém vitória e é contratado. Não se poderia negar a ele o direito à obtenção dos proveitos derivados da contratação, nem mesmo diante do argumento de que a licitação teria apresentado defeitos evidentes". (...) Veja-se que particular tem a faculdade de promover a fiscalização dos atos praticados pela Administração — mas não tem dever formal de fazê-lo. Não cabe ao particular verificar se trâmites internos da Administração foram devidamente cumpridos". *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12º ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 692.

⁵⁴⁷ É interessante ver-se que, como informa estudo do economista ARMANDO CASTELAR PINHEIRO, a propósito da não-neutralidade do Judiciário, na visão dos próprios magistrados brasileiros (de acordo com o resultado de pesquisas levadas a efeito a partir de entrevistas realizadas com 3.927 magistrados), há concordância com a afirmação de que "o Poder Judiciário não é neutro, sendo que em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social". Comenta o economista, acerca do conteúdo destas pesquisas, que "esses trabalhos revelam que o magistrado brasileiro se vê como o responsável por promover a mudança social e em particular reduzir as desigualdades sociais, dispondo-se com frequência a ignorar não apenas os contratos mas também as leis na busca desse objetivo". Fonte: VIANA, L. W. CARVALHO, A. R., Mello e BURGOS M. B. O Perfil do Magistrado Brasileiro, Projeto Diagnostico da Justiça, AMB/UPERJ, 1996. *Direito e Economia* (org. Decio Zylbersztajn e Raquel Sztajn). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 248, 249 e 280.

⁵⁴⁸ "É sabido que, em relação aos atos administrativos, há dois foros anulatórios possíveis: o Poder Judiciário e a Administração Pública. Portanto, um ato pode ser anulado independentemente de ação judicial. Devo analisar, então, se esse poder existe para a Administração nos casos de contratos de concessão. Minha opinião a respeito é negativa. Segundo entendo, depois de celebrado, o contrato de concessão só pode ser anulado por decisão judicial. O fundamento de meu pensamento está na própria legislação que rege os contratos administrativos em geral e os contratos de concessão em especial. SUNDFELD, Carlos Ari. "Os contratos de concessão e sua anulação", in *ILC – Informativo Licitações e Contratos*, Curitiba: Zenite, 2001, versão eletrônica.

Uma segunda causa que tem concorrido à corrosão da segurança como valor a ser prezado institucionalmente pelo contrato está no uso de uma interpretação usurpadora da função legislativa praticada quanto aos juízos de (in)constitucionalidade das leis. Esta interpretação se reflete também num ativismo do controle de constitucionalidade pelos juízes.

Parece-me que, neste particular, um postulado hermenêutico que tem sido olvidado a propósito da interpretação constitucional (e acerca mesmo do exercício do controle de constitucionalidade da lei) é a presunção de constitucionalidade da lei. O seu desprezo tem, sob um ângulo prático, produzido a banalização da inconstitucionalidade da lei, com conseqüências gravosas à preservação institucional da segurança jurídica e, sobretudo, à manutenção equilibrada do projeto democrático. O controle de constitucionalidade, a pretexto de garantir os valores constitucionais, não pode ir a ponto de usurpar a função legislativa reservada ao parlamento pelo sistema democrático-republicano. Este ponto envolve um dos grandes dilemas que tem marcado o desenvolvimento da teoria democrática constitucional: alcançar um equilíbrio a propósito da tensão relacional que se estabelece entre o exercício do controle de constitucionalidade das leis e a manifestação da voz popular majoritária no âmbito do parlamento.

Fato é que toda esta problemática se reflete empiricamente no desenvolvimento de um processo de erosão da segurança jurídica no terreno dos contratos administrativos. Como resultado, elevam-se os custos de transação, gerando-se progressivamente piores condições econômicas à Administração, num movimento avesso aos princípios de eficiência e economicidade que devem reger a atividade administrativa como um todo.

De um ponto de vista mais abrangente, não é difícil perceber os ecos desta práxis, que, progressivamente reprisada, contribui à corrosão de um ambiente de segurança institucional de que se serve o contrato para que possa desenvolver seus efeitos eficientemente. Seria necessário, neste estágio, perseguir a reversão desta

Em igual sentido posicionou-se a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: "a Súmula 473/STF não autoriza a desconstituição, por nulidade, de contrato bilateral. Tal desconstituição pressupõe contraditório judicial (Lei nº 8.666/93, arts. 58, II; 78 e 79)". (RMS 9.830-BA, j. 05.10.1999, v.u.). CARLOS ARI SUNDFELD, comentando o julgado, alude que "A afirmação e a fundamentação da ementa sugerem uma clara posição contra qualquer anulação unilateral de contrato, ainda que tenha 'objeto de direito administrativo'. SUNDFELD, Carlos Ari. "Os contratos de concessão...", versão eletrônica.

cultura, convergindo iniciativas políticas e jurídicas em prol do fortalecimento da segurança institucional (e do contrato). Como já sustentou FERNANDO ARAÚJO, “é indesmentível que o fenómeno contratual depende da generalização de um ambiente social de confiança (*trust*), para o reforço do qual o próprio fenómeno contratual também contribui decisivamente (com o apoio da ordem jurídica): cada relação bilateral bem sucedida sedimenta a confiança genérica naquele tipo de relações, e externaliza positivamente, por contágio, as demais, e assim por diante”⁵⁴⁹.

2.1.3 Eficiência, Economicidade e Administração de Resultados

No contexto das PPPs, a eficiência relaciona-se com a proposta de uma administração de resultados, o que recoloca o problema da proposta pela técnica gerencial de administração. Não se trata de sustentar o abandono do controle de procedimentos (Administração burocrática), mas de reconhecer a superação de uma concepção puramente focada no controle processual (ou procedimental) para erguer-se a um sistema que acolha também o controle de resultados. A evolução dogmática acerca do princípio da eficiência no direito brasileiro (a partir também de uma gradativa abertura do universo jurídico a intromissões do raciocínio econômico, e do próprio direito positivo à relação dialógica com fenômenos econômicos) caminha na direção da absorção do controle de resultados como técnica de otimização da gestão administrativa e de legitimação democrática.

A temática da administração de resultados como técnica gerencial revela uma dimensão política, que não deve ser desprezada. O tema relaciona-se com um programa de *desburocratização* da atividade administrativa que vem sendo (lentamente) implementado e incorporado pela organização administrativa.

Dois ciclos de reforma gerencial, intermediados por iniciativas de re-burocratização do aparelho administrativo, são identificáveis na história recente do Brasil. O primeiro ciclo inicia-se em 1967 com a edição do Decreto-lei n° 200, representando a tentativa de superação do modelo burocrático e centralizado de administração instalado desde 1936 a partir da criação do DASP — Departamento Administrativo do Serviço Público. A idéia da reforma de administração, fundada

⁵⁴⁹ *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 126.

num pressuposto de eficiência, tinha entre suas metas a descentralização, através da autonomia da administração indireta, e o controle de resultados. Nesse contexto, o planejamento e o orçamento foram relevantes instrumentos adotados para a implementação de uma racionalidade administrativa.

A aplicação do modelo criado pelo Decreto-lei n° 200/67 teve, na prática, dois efeitos indesejados: (1) o favorecimento de práticas patrimonialistas e fisiológicas, ao se permitir a contratação de empregados sem concurso público; (2) a despreocupação com a Administração direta ou central, que teve seu núcleo estratégico enfraquecido por uma estratégia oportunista do regime militar, que, de sua parte, “em vez de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível selecionados por concursos públicos, preferiu contratar os escalões superiores da administração por meio de empresas estatais”⁵⁵⁰.

Como reação ao histórico mau uso dos instrumentos disponibilizados pelo modelo gerencial⁵⁵¹, e num contexto de amplas reformas políticas e institucionais, a Constituição de 1988 reinstala o modelo burocrático, a partir de uma concepção de administração centralizada, rígida e hierárquica. Neste contexto, é possível reconhecer, conforme o testemunho de BRESSER PEREIRA, que “a Constituição de 1988 ignorou completamente as novas orientações da administração pública. Os constituintes e, mais amplamente, a sociedade brasileira revelaram nesse momento uma incrível falta de capacidade de ver o novo. Perceberam apenas que a administração burocrática clássica, que começava a ser implantada no país nos anos 30, não havia sido lentamente instaurada. Viram que o Estado havia adotado estratégias descentralizadoras — as autarquias e as fundações públicas — que não se enquadravam no modelo burocrático-profissional clássico. Notaram que essa descentralização havia aberto espaço para o clientelismo, principalmente no nível dos estados e municípios — clientelismos esse que se acentuara após a redemocratização. Não perceberam que as formas mais descentralizadas e flexíveis de administração, que o Decreto-Lei 200 havia consagrado, eram uma resposta à necessidade de o Estado administrar com eficiência as empresas e os serviços

⁵⁵⁰ BRESSER PEREIRA. *Crise econômica e reforma do Estado do Brasil*. São Paulo: editora 34, 1996, p. 274 e 275.

⁵⁵¹ Veja-se, também, SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. “Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais”, *In Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho* (Coord. Edgar Guimarães). Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 40 e 41.

sociais. E decidiram, primeiro, completar a revolução burocrática, para, depois, pensar nos princípios da moderna administração pública”.⁵⁵²

Em 1995, um segundo ciclo de reforma gerencial é iniciado a partir de um complexo processo de modernização do aparelho administrativo, conjugando o fortalecimento da Administração direta com a implementação de novos instrumentos de descentralização. A proposta de reforma partiu da existência de quatro setores dentro do Estado: (1) núcleo estratégico do Estado; (2) as atividades exclusivas do Estado; (3) os serviços não-exclusivos do Estado; (4) a produção de bens e serviços para o mercado. Dita reforma não pode, assim, ser rotulada de centralizadora, como a de 1936, ou descentralizadora, como se classifica a de 1967, nem mesmo rigidamente centralizadora, como a contra-reforma de 1988⁵⁵³.

Talvez fosse possível dizer que a proposta de reforma implementada a partir de 1995 constitui-se numa síntese das reformas e contra-reformas ocorridas nos ciclos anteriores. Num movimento dialético, a reforma em andamento aproveitou experiências do passado para produzir novas soluções vocacionadas à superação de sérios problemas relacionados ao aparelho administrativo, desburocratizando-o e descentralizando a atividade do Estado, sem propiciar o enfraquecimento o seu núcleo estratégico, promovendo-se a eficiência e a partilha de responsabilidades com a sociedade.

Fato é que esse movimento, em sua versão mais recente, não logrou, na prática, todos os efeitos esperados. A desburocratização do Estado – na acepção de alcançar uma governabilidade menos apegada às amarras procedimentais e dinamicamente comprometida com a preponderância dos fins sobre os meios – foi freada, entre outras razões, pela dificuldade de renovação cultural dos atores envolvidos no aparelho governamental⁵⁵⁴.

⁵⁵² *Crise econômica e reforma do Estado do Brasil*. São Paulo: editora 34, 1996, p. 274 e 275.

⁵⁵³ Conforme BRESSER PEREIRA, L. C. *Crise...*, p. 282 e 283.

⁵⁵⁴ Conforme assinalou REGINA PACHECO, “As administrações estaduais vêm enfrentando o desafio da mudança cultural, por meio da introdução da mensuração de resultados. Para obtê-la, devem aprofundar a visão de múltiplos objetivos a alcançar, resumidos em torno da melhoria de desempenho de organizações públicas. As administrações estaduais devem buscar evitar a concepção da nova iniciativa – mensuração de resultados – exclusivamente como uma nova forma de controle”. *Best Value* foi o sistema de mensuração de resultados introduzido pelo governo Blair, a partir de 1997 como experiência piloto e generalizado em 2000, em substituição ao CCT – *Compulsory Competitive Tendering*, vigente nos governos Thatcher e Major. PACHECO, Regina Silvia. Brasil: avanços da contratualização de resultados no setor público. XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Ciudad de Guatemala, 7 - 10 Nov. 2006.

Numa conotação jurídica, a Administração de resultados está associada à migração de certos controles sobre a produção decisória da Administração, dos meios para os resultados. Sem prescindir do controle dos meios, pugna-se por uma interpretação finalística dos ritos e procedimentos que constroem a produção decisória da Administração. Valoriza-se, neste domínio, a legitimação dos atos decisórios a partir do fortalecimento da justificação das razões que pautam o agir administrativo em detrimento do puro formalismo.

A questão apresenta uma dimensão que se relaciona com o *direito do processo administrativo*. Sendo o processo o modo (a *forma*) como a Administração Pública externaliza a sua vontade (*normativa*), a sua função burocrático-organizativa vai perdendo espaço para o fortalecimento da função *transparência* (o que permite viabilizar a legitimação)⁵⁵⁵. O processo assume-se menos (mas ainda assim) como método de organização-formalização que se impõe rigidamente à produção decisória e mais como sede de legitimação e transparência do agir administrativo. Disso resulta o deslocamento da força do controle de meios para o controle dos resultados (ou dos fins).

Este afrouxamento do formalismo processual pode resultar na criação de espaços negociais⁵⁵⁶ na arena de relacionamento entre o Poder Público e

⁵⁵⁵ Isso não significa o abandono da função organizativa do procedimento. No dizer de NIGRO, quanto mais se desnatura a atividade substancial administrativa do sentido jurídico-público, mais se deve procurá-lo para além dela e de seus resultados, ou seja, na organização (procedimento). NIGRO, Mario. "Procedimento administrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)", in *Rivista di diritto processuale*, 1986. P. 252 e ss. Já afirmou nesse particular PONCE SOLÉ, com cita a MALARET, que "a importância e funcionalidade do procedimento, junto com os aspectos organizativos, cresce quando se trata de casos em que algum dos elementos não está inteiramente regulado pela lei – discricionariedade em sentido próprio – ou 'quando o processo de aplicação da mesma (lei) apresente especial complexidade em relação à determinação precisa do pressuposto de fato – discricionariedade técnica e conceitos jurídicos indeterminados –' pois que 'quanto mais indeterminada aparece a idéia de interesse público, maior é a responsabilidade técnico-política da Administração e mais completo e razoável deve ser o fundamento da decisão.'" *Dever de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 116 e 117.

⁵⁵⁶ A técnica negocial normativamente orientada se funda sobretudo nos ditames de otimização e eficiência do exercício administrativo que se impõem a par do instituto do procedimento. Na advertência de VIEIRA DE ANDRADE, um código de procedimento deve servir à Administração no fito de criar uma "Administração eficiente". VIEIRA DE ANDRADE, J. C. "As novas Regras para a Actividade Administrativa", in *Seminário sobre o C. do Procedimento Administrativo, Centro de Estudos e Formação Autárquica*, Coimbra, 1993, p. 83 e 84. *Apud* ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 246. Nesse diapasão, é razoável que se pense numa margem negocial para que o Poder Público possa, dentro dos parâmetros positivamente estatuídos pelo ordenamento, compor litígios, evitando-se pendências desnecessárias. E o procedimento, neste âmbito, exercerá uma função tanto garantística como propiciadora de maior celeridade e eficácia nas ações administrativas. Persegue-se o "equilíbrio entre os interesses da Administração e da sua

particulares, geridos à conta de um exercício discricionário (que se assenta numa legitimação democrática), sempre dotados de uma dose suficiente de transparência e participação (controle) popular.

As parcerias público-privadas devem ser lidas à luz deste panorama. O tratamento jurídico-hermenêutico das PPPs deve estar orientado por concepções inerentes ao modelo da Administração-gerencial, o que significa repudiar certos dogmas jurídicos típicos de uma Administração excessivamente burocrática. Certos postulados como a não-comerciabilidade da função pública e a ilusória tipicidade absoluta da lei – tal como apanhados por FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA⁵⁵⁷ - devem ser superados pela dialética da contratualização, que nasce da relativização de concepções rigidamente edificadas ao tempo da Administração unilateral, época em que o dogma da imperatividade evitava a prática da negociabilidade; e o da unilateralidade, a da consensualidade.

Assim, o êxito dos programas de PPPs, inseridos em um contexto desenvolvimentista, depende da prevalência de um ambiente “negocial” entre Administração e os privados, de molde a permear os processos decisórios pela dialética da contratualização. Neste contexto, a legitimação das decisões decorrerá de uma suficiente *justificação*, amplificada pelos canais de participação popular, que terão na transparência do agir administrativo (no campo do planeamento dos programas de PPP) um pressuposto necessário à sua efetividade.

2.3 RESPEITO AOS INTERESSES E DIREITOS DOS DESTINATÁRIOS DOS SERVIÇOS E DOS ENTES PRIVADOS INCUMBIDOS DA SUA EXECUÇÃO

O respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução é uma diretriz cujo conteúdo revela um dever de boa-fé às partes contraentes. A diretriz tem por comando constranger a Administração a cumprir com *standards* de boa-fé no âmbito do relacionamento

eficiência (que são no fundo, também, interesses de todos os administrados) e os interesses dos administrados que participem directamente em cada procedimento”. VIEIRA DE ANDRADE, J. C. “As novas Regras...”, p. 83 e 84. *Apud* ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga...*, p. 246.

⁵⁵⁷ *Parceria Público-Privada. Aspectos de Direito Público Económico*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 74 a 77.

associativo que congrega, além do ente público, usuários e prestador do serviço objeto da parceria.

O respeito aos interesses dos *destinatários-usuários* deve estar assegurado tanto no que tange à programação das PPPs, como na fase de sua execução. Neste particular, todas as conquistas ao direito dos usuários do serviço público são incorporadas pelo direito das PPPs. Como contratos concessórios, às PPPs (àquelas em que o serviço é prestado *indiretamente* à Administração) se aplica o catálogo dos direitos dos usuários do serviço público, inscritos de modo geral na Lei n. 8987/95 e, de modo particular, em leis especiais esparsas.

O alcance desta diretriz pode revelar também uma função *promotora* do Poder Público quanto à construção de vias de integração da participação dos destinatários-usuários na programação e execução das PPPs. Destacando o papel de *promotor* assumido pelo Poder Público (para além de uma posição de regulador – em substituição à posição de prestador direto de serviços), as *Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem-Sucedidas* consignam que “o sucesso sustentável das PPPs pode ser ampliado com a inclusão da sociedade civil nas estruturas de monitoramento/supervisão. A implementação de PPPs para o financiamento e fornecimento de serviços deve ser encarada como um modelo alternativo para fornecer vantagens socioeconômicas (*value for money*) e prestação de serviços de qualidade. O público, na qualidade de cliente pagante, é portanto um barômetro essencial da *performance* e adequação da implementação da PPP e deve ser integrado ao processo de monitoramento. Isso implica que as PPPs sejam influenciadas não apenas de cima para baixo, mas também de baixo para cima”⁵⁵⁸.

Esta promoção já pode ser testemunhada, a propósito da experiência das concessões⁵⁵⁹, no uso de procedimentos de participação da comunidade em decisões regulatórias. A regulamentação desta participação nos controles dos

⁵⁵⁸ *Diretrizes para Parcerias Público-Privadas bem-sucedidas*, produzido pela Comissão Européia. Março de 2003. http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm, p. 51 e 52.

⁵⁵⁹ Como sustenta DINORÁ MUSETTI GROTTI, “qualquer que seja a forma de prestação da atividade, direta ou indireta, o cidadão, o usuário direto ou em potencial do serviço, tem o direito assegurado constitucionalmente de participar de sua fiscalização e de seu controle”. “Teoria dos serviços públicos e sua transformação”, in *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 59.

serviços públicos tem sido provida pelas agências reguladoras.⁵⁶⁰ Assim é que nas diversas espécies de serviços verificam-se regulamentações pontuais no tocante às modalidades da participação do usuário. Nos serviços de telecomunicações, por exemplo, há procedimentos específicos prescritos pelo Código de Procedimento Administrativo, adotado pelo Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações — ANATEL.⁵⁶¹ A tendência é que se desenvolvam estatutos específicos que se ocupem de prover regras acerca da organização procedimental de cada espécie de serviço público. Portanto, o desenvolvimento dos direitos dos usuários de serviços públicos⁵⁶² tem gerado a necessidade de instituírem-se métodos de controle que passam pelo aperfeiçoamento do procedimento e de novas formas de captação da participação popular.⁵⁶³

Já no que refere ao relacionamento entre parceiro público e parceiro privado, a diretriz remete a um dever de confiança, de solidariedade recíproca. Contratos de longo alcance⁵⁶⁴ e de cunho associativo, como a PPP, requerem uma convivência

⁵⁶⁰ Pode-se dizer que com o advento das agências reguladoras incrementou-se a participação do usuário no controle do serviço público. Até a instituição destes órgãos de regulação, lembra LEILA CUÉLLAR, raras eram as hipóteses de colaboração dos particulares na elaboração de normas atinentes ao funcionamento do serviço público. No desempenho de sua função, as Agências não só permitem a participação do usuário na reguladora dos serviços, como cuidam de estimulá-la, impondo-a como requisito à emanção de alguns atos. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 135.

⁵⁶¹ Aprovado originariamente pela Resolução 1, de 1997, e alterado pela Resolução 197, de 1999.

⁵⁶² Destacou, neste particular, JUAREZ FREITAS a conveniência de se "ampliar a possibilidade de uma participação intensa do usuário na prática fiscalizatória, fazendo-o vivificar, por exemplo, regra similar à prevista no art. 22 do CDC, consoante o qual a Administração Pública direta e indireta, bem como os delegados da execução de tais serviços (concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento), são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Ora, o conceito de serviço adequado, ainda que genérico e indeterminado, é justamente aquele constante no art. 6.º, § 1.º, da Lei 8.987/95, mas requer, para sua determinação, o papel ativo do consumidor, não apenas atuando de maneira coadjuvante, mas tendo acesso a todos os dados concernentes à execução do serviço". *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.150 e 151.

⁵⁶³ Nesse sentido manifesta-se FLORIANO MARQUES NETO: "A articulação com os atores regulados deve ser feita às claras, com publicidade, evitando sua conversão em mera composição de interesses feita à sorrelfa. Se reconhecemos a legitimidade dos diversos interesses, nada deve impedir que eles sejam postos para a sociedade e que a motivação da decisão regulatória a eles faça referência. A introdução de espaços e oportunidade de auscultação e composição destes interesses nas regras procedimentais, bem como a introdução de instrumentos de participação de todos os interessados, são importantes mecanismos para permitir esta transparência". "A nova regulação e as agências independentes", in *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 96.

⁵⁶⁴ No dizer de DIOGO F. MOREIRA NETO, "essa solidariedade de interesses entre contratantes se torna mais evidente em contratos em que prevalece a idéia de parceria e de colaboração entre uma entidade estatal e uma empresa privada que assume riscos para a satisfação de um interesse comum". *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 463.

pautada pela boa-fé. No âmbito da parceria, esta diretriz deve significar o culto à finalidade associativa subjacente a este vínculo, evitando-se, tanto quanto possível, interferências autoritárias à relação contratual, o que pode se materializar num uso excessivo de competências imperativas (e auto-executórias).

Uma decorrência da aplicação desta diretriz que poderia ser apontada estará no respeito pelo parceiro público à esfera de autonomia de gestão própria do prestador. Não é dado ao parceiro público exceder-se no uso de suas competências de fiscalização e de controle da prestação do serviço, invadindo uma zona de intimidade gerencial própria do concessionário-parceiro privado. Lembre-se, com PEDRO GONÇALVES, a propósito da autotomia de gestão do concessionário, o acolhimento pelo regime concessório de um “um dever para a Administração pública de não perturbar ou, mais positivamente, de respeitar essa posição não pondo em causa a autonomia de gestão do concessionário”⁵⁶⁵. Se é certo que o parceiro público goza de poderes fiscalizatórios etc., essa atuação não pode pôr em xeque a autonomia de gestão do parceiro privado, que é, aliás, um dos elementos que mais identificam o modelo das parcerias (e o modelo concessório), relacionando-se com a própria assunção de riscos pelo concessionário.

2.4 INDELEGABILIDADE DAS FUNÇÕES DE REGULAÇÃO E JURISDICIONAL, DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E DE OUTRAS ATIVIDADES EXCLUSIVAS DO ESTADO

Preocupação do legislador brasileiro quando da elaboração dos diplomas que cuidam do regime jurídico das parcerias público-privadas foi a de preservar a atuação estatal da delegação à gestão privada relativa ao exercício de certas funções públicas, como a manifestação do poder de polícia, da função jurisdicional, entre outras exclusivas do Estado. A matéria foi referida no inciso III do art. 4º da Lei nº 11079/2004 e, também, constou de algumas leis estaduais⁵⁶⁶. A questão é clássica. Referidas competências caracterizam-se, desde sempre, como funções

⁵⁶⁵ *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 264.

⁵⁶⁶ Lei de Minas Gerais nº 14.868/2003 (inciso II do art. 6º); Lei de São Paulo nº 11688/2004 (inciso III do parágrafo único do art. 1º); Lei da Bahia nº 9290/2004 (inciso V do art. 4º); Lei de Santa Catarina nº 12.930/2004 (inciso III do art. 2º); Lei do Estado do Rio Grande do Sul, nº 12.234/2005 (inciso III do art. 2º); Lei do Ceará nº 13.557/2004 (inciso III do parágrafo único do art. 1º); e Lei de Goiás nº 14.910/2004 (inciso III do art. 2º).

típicas estatais indelegáveis à gestão privada por traduzirem atividades que pressupõem o exercício do poder estatal destinado à realização de valores fundamentais.

Como se vê, a dicção da norma do inciso III não adotou relação exaustiva das tipologias de atividades que podem considerar-se intransferíveis. Além de referir às funções de regulação, jurisdicional e de poder de polícia, alude a *outras* atividades exclusivas do Estado. Parece-me que a ausência de fechamento tipológico quanto às atividades indelegáveis deve-se a uma dificuldade de precisarem-se abstratamente os grupos de atividades que devem ser obrigatoriamente reservadas ao Estado. Essa delimitação não é simples e depende da análise dos casos concretos, que devem ser informados hermeneuticamente por postulados constitucionais fundamentais.

A indelegabilidade de certas atividades estatais pressupõe compreender o conteúdo jurídico do princípio da república, que impõe a reserva de poderes instrumentais à satisfação do interesse do povo nas mãos do Estado. A sua partilha não poderá ser admitida ante o risco de frustração de objetivos constitucionais que deverão ser perseguidos pelo Estado⁵⁶⁷. As competências instrumentais a esse fim são inalienáveis e intransferíveis. Essa concepção é admitida em inúmeros ordenamentos.⁵⁶⁸

⁵⁶⁷ Anuncia-se modernamente uma crescente “intervenção de particulares na ação administrativa” (para usar uma expressão que intitula a obra de J. P. NÉGRIN, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*). Nas palavras de MANUEL IZQUIERDO CARRASCO, “este desplazamiento hacia el o sector privado es una de las manifestaciones de mayor relieve de una línea relativizadora de la propia identidad del Estado, de sus funciones y actividades genuinas, y de su tratamiento jurídico. Más aun en el ámbito de la actividad de policía que, tradicionalmente, se há considerado excluido de esta posibilidad”. “Algunas cuestiones generales a propósito del ejercicio privado em el ámbito de la seguridad industrial”, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública (IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 376 e 377.

⁵⁶⁸ Na Espanha, o item 1 do art. 155 do Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junho (LCAP) — Título II —, que trata da disciplina das contratações administrativas neste país, dispendo acerca do contratos de gestão se serviços públicos, dispôs que “Em nenhum caso poderão prestar-se por gestão indireta os serviços que impliquem exercício de autoridade inerente aos poderes públicos”. Também o item 4 do art. 196 do Título IV da mesma normativa, ao dispor acerca do regime de contratos de consultoria e assistência, prescreve que “não poderão ser objeto destes contratos os serviços que impliquem o exercício de autoridade inerente aos poderes públicos”. Note-se ainda a observação de GASPAR ARIÑO ORTIZ, anotando que “Una privatización de las funciones soberanas de policía, justicia y actividades similares está totalmente excluida por Ley. Las funciones de soberanía, esto es, los actos o materias en donde hay ejercicio de autoridad pública, constituyen el primero de los límites claros existentes para la operación privatizadora. Cuando, a veces, se dice que se privatizan lás cárceles o los servicios de seguridad, se incurre em um equívoco, porque ambas funciones públicas son inalienables y pertenecen a la esencia del Estado. *Economía y Estado — Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 243. Apesar disso, mais

No Brasil, é tradicional o reconhecimento acerca da indelegabilidade de determinadas funções estatais. As atividades essenciais de produção-aplicação do direito, do monopólio da força e da imposição dos tributos são atingidas pela limitação, como refere à doutrina⁵⁶⁹. São indelegáveis as atividades que manifestam o poder de império do Estado.

No campo das atividades administrativas, essa limitação alcança as competências decisórias vocacionadas à disciplina e manutenção da ordem pública, que se servem do uso da força para impor (dentro dos parâmetros normativamente estabelecidos) condicionamentos e restrições à propriedade e liberdade dos privados. São competências que decorrem da chamada *função de polícia*.

A noção de poder de polícia vem se aperfeiçoando nos últimos anos a partir da contribuição da doutrina. Mesmo a expressão “poder de polícia” é mantida mais pela tradição do que pela significação que carrega. Talvez fosse mais adequado referir a uma *Administração Ordenadora* — para usar uma expressão de procedência germânica introduzida em nosso direito por influência do pensamento de CARLOS ARI SUNDFELD, que formulou interessante enquadramento da problemática das limitações impostas pelo Poder Público aos particulares⁵⁷⁰.

recentemente vêm se proliferando, neste país, experiências com as batizadas “entidades colaboradoras”, prestadores privados promotores do desempenho de atividades técnicas e operativas no campo de funções públicas como proteção ambiental, urbanismo, proteção industrial etc. Na França, há entendimento semelhante sustentado pela doutrina e pela jurisprudência do Conselho de Estado. Citem-se os seguintes julgados: CE 1^o avrill 1994, *Comm. de Menton* e CE 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*. CE 8 mars 1985, *Assoc. Les amis de la Terre*. Segundo PAUL LIGNÈRES, “L’État se recentre sur ses fonctions régaliennes (police, justice, défense...). Il saurait être question, pour la plupart des États, de privatiser ces fonctions. Les jurisprudences françaises et communautaires ont tracé la frontière entre les activités susceptibles d’être exercées par le secteur privé et les activités qui doivent impérativement être exercées par des autorités publiques”. (*Partenariats...*, p. 29). Também RENÉ CHAPUS registra que “C’est ainsi que le fait pour une commune de concéder l’exploitation d’une plage ne peut avoir pour conséquence de transférer de là autorité communale de police au concessionnaire le pouvoir d’assurer l’ordre public sur la plage” (CE Sect. 23 mai, 1958, cons. Amoudruz, p. 301, AJ 1958, 2, p. 309, chron. J. Fournier et M. Combarous). *Droit Administratif General*, tome 1, 12^a. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 644.

⁵⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “O sistema da Parceria entre os setores público e privado — Execução de serviços através de Concessões, Permissões, Terceirizações e outros Regimes — aplicação adequada destes institutos” in *BDA — Boletim de Direito Administrativo* n^o 2, São Paulo: NDJ, 1997, p. 77. Ver (sobretudo) MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a “indelegabilidade do poder de polícia”, in *Revista Trimestral de Direito Público* n^o 32/2000. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 74.

⁵⁷⁰ Administração Ordenadora é definida pelo jurista como “a parcela da função administrativa, desenvolvida como o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo da atividade que lhes é próprio”. Este setor envolve a produção de atos ligados a condicionamentos de direitos que admitem a “execução administrativa”, isto é: a (a) imposição coercitiva de obrigações ou a (b) atuação direta do Estado em execução das sujeições de Direito, assim como poderes de repressão a infrações e aplicação de

Contudo, o exame do tema não é propriamente objeto deste estudo. O que importa aqui é adotar-se um conceito *operacional* de polícia que se preste a instrumentar o raciocínio acerca da viabilidade do trespasse de atividades de suporte a competências administrativas envolvidas com a *coerção*. Para tanto, prefere-se a adoção de uma noção ampla de *polícia*, relacionada com o uso de poderes imperativos e coercitivos destinados a assegurar a manutenção da ordem pública e a realização de direitos fundamentais.⁵⁷¹

Os atos de polícia podem assim ser gerais e abstratos ou específicos e concretos e apresentam os atributos da exigibilidade e da coercibilidade (com o uso eventual de coerção física).

É importante notar que o exercício do poder de polícia, particularmente na sua manifestação imperativa e coativa, apresenta-se como decorrência da legitimidade do poder político. Este tem origem num sistema de atribuição originária de competências que se funda no princípio da república. Seu caráter funcional – de busca ao atendimento do interesse da coletividade – justifica a atribuição de espaços discricionários ao agente estatal. À delegação da função de polícia a terceiros contrapõe-se, portanto, a impossibilidade de se transferirem poderes administrativos decisórios fundados na realização do interesse público, que se servem de função discricionária ou de autonomia pública. Isso porque não há cabimento acerca da delegação de atividade cuja extensão possa propiciar, ainda que indiretamente, o preenchimento do interesse público.⁵⁷²

Considere-se ainda que, como instrumento para a melhor realização desse poder à luz do atendimento a valores fundamentais, o Estado monopoliza a

sanções; de fiscalização das atividades dos privados; e de expedição de autorizações e licenças. SUNDGELD, Carlos Ari *Administração ordenadora*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 20 e 83.

⁵⁷¹ Englobam-se nela tanto a chamada polícia administrativa (encampando as ditas polícias especiais, como a polícia de costumes, a polícia da comunicação, a polícia sanitária, a polícia de viação, a polícia do comércio e da indústria, a polícia das profissões, a polícia ambiental, a polícia de estrangeiros, a polícia edilícia e a polícia de segurança pública), como a polícia judiciária, dedicada às atividades instrumentais à prevenção de ilícitos penais e à repressão criminal. Conforme DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 393 a 413. Poder-se-iam incluir também sob a expressão *polícia* atividades inerentes à execução de penas que importem em encarceramento e custódia de infratores pelo Estado. Note-se, contudo, que a maioria da doutrina adota a classificação supremacia geral/supremacia especial, inserindo nesta categoria a relação existente entre os presidiários e a Administração (o que importaria a conclusão de que, na esfera desta relação, não haveria propriamente exercício de poder de polícia). Como orientação aparentemente divergente (pela rejeição da tese da relação de sujeição especial), ver JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 152 e 399.

⁵⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral...*, p. 137.

violência. Esta tem caráter instrumental àquele; será sempre sua consequência, nunca sua causa (quanto a isso, pode-se consultar a interessante ponderação de MARÇAL JUSTEN FILHO com apoio na filosofia de HANNAH ARENDT⁵⁷³). Uma das atribuições do poder, portanto, está em decidir acerca do uso (instrumental) da violência. O seu monopólio justifica-se para restringir sua utilização “apenas às hipóteses em que seja absolutamente indispensável, reduzindo a capacidade de os diversos grupos sociais gerarem conflitos”.⁵⁷⁴ Portanto, só o Estado poderá decidir acerca do uso da violência.

Estas considerações permeiam o instituto do poder de polícia. Diz-se que as competências que expressam a *coação administrativa* são intransferíveis aos privados pela evidência de que é o Estado o único legitimado à escolha política acerca dos interesses sociais subjacentes à manifestação coativa do poder público. Como a violência é monopólio do Estado, a hipótese do exercício de coação por particulares (salvo as específicas exceções legais) traduz-se, em princípio, na quebra de um equilíbrio imanente da relação entre privados, propiciando o exercício de supremacia (traduzido na imposição de restrições e condicionamentos de liberdade e de propriedade) de uns perante outros.

Além disso, usa-se agregar um argumento de natureza ética: não seria *moralmente* válido a um homem exercer sobre outro homem qualquer espécie de poder expressado pela força. Refere-se ao direito constitucional de liberdade, consagrado ao lado de tantos outros de natureza personalista, nos diversos incisos do art. 5º (como direito à igualdade, à segurança, à propriedade). Como se disse, “A única coação moralmente válida é a exercida pelo Estado através da imposição e execução de penas ou outras sanções”.⁵⁷⁵

A despeito de reconhecida a indelegabilidade de algumas competências decisórias imperativas e coercitivas da Administração Pública, hipóteses existem em que os particulares poderão desempenhar atividades instrumentais e acessórias ao exercício destas competências.⁵⁷⁶ A doutrina tem examinado a questão⁵⁷⁷. Nos

⁵⁷³ *Curso...*, p. 7 a 9.

⁵⁷⁴ *Curso...*, p. 7 a 9.

⁵⁷⁵ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Privatização das prisões*. São Paulo: RT, 1995, p. 12.

⁵⁷⁶ Refira-se ao crescente fenômeno, na Espanha, das “entidades colaboradoras”, atuantes campo de proteção ao meio ambiente, urbanismo, entre outros. A atividade que desenvolvem estas entidades é, fundamentalmente, técnica e operativa. Como esclarece JOSÉ BERMEJO VERA, “... más que delegación de funciones públicas de carácter administrativo, se trata de “encomiendas de

casos em que houver atos meramente materiais e instrumentais à manifestação jurídica de competências exclusivas ou típicas estatais (preparatórios ou sucessivos), não haverá atribuição de competência decisória acerca das razões que conduzem à interferência na propriedade e liberdade dos particulares. São atividades consideradas “serviços instrumentais” à expressão jurídica do poder de polícia. Nestas condições, afirma-se a viabilidade da gestão privada. Excepcionalmente, mesmo a emissão por privado de ato jurídico (vinculado) manifestante do poder de polícia tem sido admitida.⁵⁷⁸

Portanto e como afirma FLORIANO MARQUES NETO, “bem entendido que a titularidade do poder de polícia deve sempre permanecer com a Administração Pública, nada obsta que as providências para a efetivação deste poder sejam trespassadas ao particular. E menos óbice ainda há em que os particulares concorram com os meios necessários para o exercício desta atividade”.⁵⁷⁹

Assim, por exemplo, nada impedirá que a Administração, no propósito de aferição de metrologia de produtos, cometa a um particular a execução de serviços de avaliação técnico-pericial prévia para esse fim. Da mesma forma, nenhum óbice se põe à avaliação pericial-ambiental por *experts* privados com vistas à deliberação administrativa acerca da adequação e correção do uso do meio ambiente. Também possível será a prestação de alguns serviços gerais de suporte ao funcionamento de estabelecimento prisional por empresa privada. Enfim, a transferência de atividades meramente instrumentais, e geralmente de conteúdo técnico, ao desempenho de competências exclusivas do Estado, é admitida em nosso direito⁵⁸⁰.

gestión”, porque, por supuesto, la acción de estas entidades encuentra desprovista, al menos jurídicamente, del imperium característico del Poder público”. “Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares”, in *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 423.

⁵⁷⁷ DALLARI, Adilson Abreu. “Credenciamento”, in *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 51 e 52. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a “indelegabilidade do poder de polícia”, in *Revista Trimestral de Direito Público* n° 32/2000. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 68 a 71. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria...*, p. 102. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação”, in *Revista Trimestral de Direito Público*. n° 20. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 25, 26, 27 e 28.

⁵⁷⁸ Sustenta-se, no entanto, que, na hipótese, não há “delegação” da atividade de polícia, afirmando-se a caracterização de mera “relação de administração” (sendo o próprio Poder Público que manifesta o ato de polícia, o fazendo por via de equipamento sob a guarda e conservação de particulares). BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Serviço público...”, p. 27 e 28.

⁵⁷⁹ “A contratação de empresas...”, p. 76.

⁵⁸⁰ Cite-se também a Lei n° 9472/97 que estabeleceu, seu art. 59, a possibilidade da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações utilizar-se, mediante contrato, de técnicos ou empresas

Poderia supor-se, com fins de delimitar o tratamento jurídico das hipóteses, a existência de uma diferença qualitativa entre o *exercício decisório* que se verifica na atuação exclusiva da Administração Pública em promover a ação de polícia (não só no âmbito abstrato-normativo, mas, ainda, quanto a decisões concretas e específicas), e o *exercício de mera execução*, por particulares, acerca de tarefas (materiais) decorrentes (ou preparatórias) da manifestação decisória da Administração. Uma coisa é decidir acerca do conteúdo jurídico e político da manifestação da polícia administrativa, competência reservada indelegavelmente à Administração, outra é promover a mera execução, preparatória ou sucessiva, acerca do que foi (ou será) deliberado pela autoridade pública. Apanha-se uma distinção quanto à natureza das atividades exercidas: uma, de origem decisória (envolvendo exame de mérito); a outra, de cunho (restritamente) executivo.

Costuma-se por isso proceder a uma distinção classificatória entre *gestão estratégica* (função mais elevada, compreendendo a direção e orientação de um serviço), *gestão operacional* (compreendendo a gestão do *funcionamento* de um serviço em seus aspectos de regulação e otimização — logística, resolução de conflitos, racionalização etc.) e *gestão executiva* (compreendendo a execução material da prestação).⁵⁸¹ Usando-se deste critério de classificação, seria lícito afirmar que os particulares poderão receber, no terreno da prestação de serviços relacionados a funções típicas do Estado, transferência de função *executiva*. Nunca delegação de competências *decisórias* (presentes na *gestão estratégica* e, em alguma medida, na *gestão operacional* de serviços), próprias da manifestação exclusiva da Administração. Transfere-se não a autoridade decisória, mas os instrumentos de que esta se serve.

Note-se, contudo, que, em certas situações, será extremamente difícil, na prática, delimitar as hipóteses de *gestão da decisão* de *gestão da execução*. A multifariedade da realidade dificulta a recondução de hipóteses a categorias precisas e delimitadas, impedindo uma taxonomia adequada. Evidencia-se que, na prática, mesmo no âmbito de um exercício de mera execução material, será possível

especializadas para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.

⁵⁸¹ Conforme classificação de GUGLIELMI, Gilles. *Introduction au droit des services publics*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 101. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias...*, p. 170 e ss.

visualizar, em algumas hipóteses, influência da gestão privada no espaço decisório próprio da polícia. Daí a dificuldade de se afirmar uma distinção rigorosa (e prestável a possibilitar a delimitação de tratamentos jurídicos) entre uma ação de *decidir* e uma ação de *executar* materialmente o que fora decidido. O problema fica reconduzido a uma gradação da margem de interferência privada no desempenho das ações de polícia. As soluções somente poderão buscar-se nos casos concretos e a partir da modelagem dos arranjos negociais entre a Administração e os privados.

É interessante avançar no exame do tema para abordar a formatação de programas de PPP aplicados à construção de penitenciárias com a prestação de serviços relacionados. É provável que essa seja uma das hipóteses mais relevantes no repertório de casos passíveis a receber o figurino jurídico das PPPs (como concessão administrativa) que mereçam o enfrentamento quanto à (in)delegabilidade de competências típicas do Estado.

2.4.1 O Cabimento da Gestão Privada de Serviços de Suporte ao Desempenho de Competências Estatais em Programas de Parcerias Público-Privadas Aplicados a Estabelecimentos Prisionais

Como dito, é viável a transferência de serviços administrativos aos privados, ainda que inseridos no bojo da manifestação de competências típicas de Estado. O tema ganha relevo com o surgimento das parcerias público-privadas. Neste campo, experiências desta natureza são cada vez mais freqüentes. O caso do sistema penitenciário é um exemplo marcante do problema. Inúmeros países vêm utilizando das parcerias público-privadas para a construção, conservação e operação de presídios por particulares.⁵⁸² Os programas são variados, alcançando-se

⁵⁸² Os Estados Unidos são o país com a experiência mais desenvolvida em gestão privada de atividades relacionadas com estabelecimentos prisionais. Além de contratos mais comuns de *leasing*, em que o parceiro privado financia, projeta e constrói o estabelecimento, arrendando-o posteriormente ao Estado, adotados freqüentemente por estados como Missouri, Nova York, Ohio, Alaska e Lousiana, há nos Estados Unidos experiências com a administração direta de presídios por empresas privadas, especialmente para albergar criminosos juvenis e imigrantes ilegais. Citem-se a “unidade de tratamento intensivo” administrado pela *RCA Service Company*, desde 1975, em Weaversville, na Pensilvânia, em que a empresa abriga aproximadamente 20 jovens considerados de alta periculosidade, e os centros de detenção para abrigar imigrantes ilegais de Houston (350 vagas) e Laredo (200 vagas), administrados pela empresa *Corrections Corporation of América*. A empresa provê o pessoal interno do presídio e sua remuneração baseia-se em critérios *per diem*, *per capita*,

formatações que vão desde a atribuição de serviços exclusivamente acessórios, como o fornecimento de alimentação e hotelaria, até a gestão propriamente de arranjos tipo *DCFM contracts* (*design*, construção, financiamento e administração), assim como a gestão de presídios ditos “industriais” (comportando o trabalho do preso como fator de remuneração).

No Brasil a discussão acerca da “privatização” dos presídios é motivada pela visível ausência de condições dignas de manutenção de presos na grande parte dos estabelecimentos penitenciários (administrados exclusivamente pelo Estado) brasileiros. Refira-se ao documento E/CN 4/20001/66/Add-2 produzido pela Organização das Nações Unidas — ONU, em que se relataram visitas a prisões brasileiras nos estados de Minas Gerais, Pernambuco e Pará e, ainda, no Distrito Federal, considerando-se aguda a crise do setor. Problemas relacionados com edificações inadequadas, má higienização, ausência de assistência médica aceitável, carência de recursos humanos adequados, utilização de métodos de tortura, entre outros, retratam o estado de precariedade que marca o sistema penitenciário nacional.

Algumas experiências com a gestão privada na execução de serviços prisionais têm demonstrado a superação do modelo (exclusivamente) estatal.⁵⁸³

estipulados contratualmente. Inúmeros outros estabelecimentos já são utilizados a partir da gestão privada neste país, inclusive para a custódia de adultos (Prisão de Saint Mary, localizada em Kentucky, administrada pela *Corrections Corporation* desde 1986). Ver MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*. São Paulo; Max Limonad, 2000, p. 69 e seguintes. Há estudos referindo à maior eficiência econômica acerca da construção e operação de presídios pelo setor privado. Um comparativo entre a execução pelos setores público e privado foi realizada por JOHN HILKE (*Cost Savings from privatizations: a compilation of study findings*. Los Angeles: Reason Foundation, 1993), anotando-se que a construção privada de prisões representa uma economia de 45% (quarenta e cinco por cento) relativamente à construção pelo setor público; a operação retrata uma economia de custo da ordem de 35% (trinta e cinco por cento). Ver SAVAS, E. S. *Privatization and public-private partnerships*. New York: Chatham House Publishers. 2000, p. 156.

⁵⁸³ Cite-se o estabelecimento prisional de Guarapuava, no Paraná. Por força do contrato de operacionalização do presídio (concluído em 2005), coube à empresa prestadora a realização de serviços administrativos, inclusive na área da segurança, envolvendo 115 (cento e quinze) pessoas no desempenho das tarefas. Os cargos de direção do presídio são ocupados por servidores administrativos (diretor geral, chefe de segurança e agente penitenciário). Através de cargos com funções estratégicas, a Administração Pública responsabiliza-se pelas decisões de *direção* do presídio e da segurança, mantendo ainda a *fiscalização* sobre os serviços gerenciados pelo parceiro privado. Cumpre a Administração Pública ainda a função de comunicação com o Juízo de Execução Penal. Cabe referir ao relatório de visita à penitenciária de Guarapuava, no Paraná, em março de 2001, produzido pela Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça. No documento, informa-se que, no período de 16 (dezesesseis) meses, entre a contratação da empresa prestadora e a finalização do relatório, não houve registro de fuga ou rebelião. Acrescenta-se ainda que “a concepção dos serviços prestados, a arquitetura prisional, a manutenção dos ambientes e o respeito ao ser humano são facilmente atestáveis”.

Resultados satisfatórios são colhidos, anunciando-se a introdução de gestão privada de serviços prisionais como instrumentário de aperfeiçoamento do sistema.

O enfrentamento acerca da viabilidade da execução de serviços administrativos prisionais tem encontrado preconceitos diversos, sobretudo pela invocação de razões metajurídicas. Mesmo no plano jurídico, os argumentos parecem conduzir-se por opções ideológicas subjacentes. A despeito da respeitabilidade de inúmeras orientações negativistas da opção pela terceirização de serviços prisionais, parece que o tema não tem sido examinado com maior especificidade.

Na tentativa de uma reconstrução histórica acerca destas discussões, verifica-se que a proposição por uma *gestão mista* de presídios já foi cogitada no passado⁵⁸⁴. Os argumentos representativos da tese opositora à idéia se alternavam na (1) impossibilidade de delegação de atividades envolvidas com coerção, pela quebra de equilíbrio imanente entre os privados; na (2) imoralidade de se produzir juridicamente a submissão de um particular relativamente a outro; e na (3) impossibilidade de se transferirem atividades concretizadoras da função jurisdicional do Estado.

Para se analisar a questão sob o prisma jurídico⁵⁸⁵, é necessário, primariamente, evidenciar-se a natureza complexa da atividade de execução da pena, envolvendo o desempenho de *função jurisdicional*, de *função administrativo-jurisdicional* e de *função administrativa (não-jurisdicional)*. Diz-se assim que a execução da pena criminal que importar a custódia do preso pelo Estado será controlada pelo juiz, caracterizando desempenho de atividade jurisdicional, relacionando ainda atividades administrativas concretizadoras de função jurisdicional desempenhadas pelo servidor competente (atribuições de caráter disciplinar)⁵⁸⁶ e atividades administrativas não-jurisdicionais, como o exercício propriamente da custódia física, compreendendo o provimento de estrutura material adequada

⁵⁸⁴ “Proposta de regras básicas para o programa de privatização no sistema penitenciário brasileiro” (proposto por EDMUNDO OLIVEIRA, em reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, realizada no Ministério da Justiça, em Brasília, no dia 27 de janeiro de 1992).

⁵⁸⁵ Um exame aprofundado do problema foi produzido por JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA. “Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no Exercício da Atividade Administrativa de Polícia e na Atividade Administrativa Penitenciária”, In Parcerias Público-Privadas (coord. CARLOS ARI SUNDFELD). São Paulo: Malheiros, 2005.

⁵⁸⁶ Ver artigos 47 e 48 da Lei n° 7.210/1984.

(fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas) e a promoção assistencial à saúde, jurídica, religiosa, ao trabalho, à educação etc.⁵⁸⁷

Parece clara desde logo a impossibilidade de se transferirem a entidades privadas atribuições de natureza jurisdicional ou administrativo-jurisdicionais, por serem estas funções exclusivas do Estado que importam o manejo de autoridade pública. Resta saber se as atividades administrativas não-jurisdicionais poderão ser transferidas aos privados e em que medida isso poderá ocorrer.

Como dito atrás, essas atividades compreendem-se num conceito de *polícia* dedicada a instrumentar a execução da pena criminal⁵⁸⁸. Além de imbuídas de autoridade, podem, em algumas situações, envolver o emprego de força física. A gestão da segurança interna de um estabelecimento prisional é um exemplo. Mas há parcelas de atribuições não envolvidas com o exercício da coação que implicam a realização material de algumas tarefas de apoio à custódia do preso.

Partindo dessa evidência - e tomando-se a coação como o fator que obsta a transferência de atividades com ela envolvidas aos privados -- seria possível traçar uma classificação entre duas categorias de atividades que podem conter-se no escopo da gestão privada de atividades prisionais: a (1) transferência à gestão privada de *serviços acessórios* apenas *mediatamente* relacionados à manipulação de competências estatais típicas; e a (2) transferência de *serviços instrumentais imediatamente* comprometidos com estas.

Os primeiros são serviços reflexamente acessórios, como hotelaria, fornecimento de alimentação, prestação de assistência médica⁵⁸⁹, limpeza, higienização, educação etc. Talvez se possa dizer que englobam as atividades ditas

⁵⁸⁷ O juiz, na esfera da execução pena, além desempenhar função jurisdicional, também tem atribuições de caráter administrativo. Exerce função administrativa quando zela pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; inspeciona estabelecimentos prisionais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; interdita estabelecimento penal; compõe e instala o Conselho da Comunidade etc. (art. 66, incisos VI a IX da Lei n° 7210/1984).

⁵⁸⁸ Parcela majoritária da doutrina tende a enquadrar a relação entre o presidiário e o Estado como de *sujeição especial*, diferenciando-a da relação de sujeição geral, âmbito em que se enquadraria o poder de polícia. Ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 811. Há quem recuse, contudo, a classificação, adotando-se a expressão *polícia* para abranger as situações referidas. Nada obstante, esta distinção não apresenta maior interesse à questão objeto deste estudo. Considerada a distinção das hipóteses, em ambos os casos o manejo da coerção importa as mesmas consequências quanto à restrição à sua *delegabilidade*.

⁵⁸⁹ Exceção se apresenta relativamente aos médicos-psiquiatras. São profissionais que, no âmbito da atividade cometida, atuam influentemente acerca do cumprimento da pena pelo condenado.

assistenciais⁵⁹⁰. São atividades que não servem imediatamente ao exercício de atividades comprometidas com funções típicas do Estado, porquanto não se prestam a instrumentá-las. Prover e gerir a lavanderia ou o restaurante de presídios, por exemplo, sob a fiscalização da administração geral de agentes estatais, não toca imediatamente à manifestação de competências administrativas coativas (nem toca à atividade jurisdicional que caracteriza a execução da pena). Está-se, nesta hipótese, diante de serviços inquestionavelmente transferíveis à gestão privada, como quaisquer outros atos materiais da Administração Pública.

Noutro lado, há serviços que poderiam se dizer *imediatamente* comprometidos com o exercício de autoridade e de império da Administração⁵⁹¹, como a atividade de suporte à segurança e vigilância interna, monitoramento eletrônico de pontos vulneráveis, etc. Estas se traduzem em instrumentos para a realização da disciplina interna do presídio. Há gestão *diretamente* afetada a permitir o controle da segurança e manutenção da ordem do presídio. Nestas hipóteses, o risco de interferência dos privados na seara das competências estatais indelegáveis é mais visível.

Quanto aos primeiros, a Constituição Federal não impede sua transferência à gestão privada. Inserem-se no âmbito de projeção do princípio geral do recurso ao contrato, que permite à Administração a terceirização de atividades gerais.

⁵⁹⁰ À Administração Pública reserva-se o provimento das atividades assistenciais previstas no Capítulo II da Lei de Execuções Penais. Incumbe-lhe prover os meios necessários à realização da assistência material (Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas); da assistência à saúde (Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico); da assistência jurídica (Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado); da assistência educacional (Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado); da assistência social (Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade); da assistência religiosa (Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa); e da assistência ao egresso (Art. 25. A assistência ao egresso consiste: I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade; II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 meses).

⁵⁹¹ As funções (administrativas) envolvidas no exercício mais abrangente de custódia do preso que poderiam se dizer comprometidas com a manifestação da coação são, para usar uma classificação de DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, a função disciplinar (art. 47 e 48 da LEP); de concessão de recompensa (art. 55 e 56); de concessão de autorizações e atividade de polícia consistente no exercício de deveres-poderes destinados a manter a segurança interna do presídio (que compreende atividades de vigilância).

Pelas mesmas razões, seria viável afirmar, em princípio, que mesmo a transferência de *serviços instrumentais imediatamente* comprometidos com a coação seria constitucionalmente viável, dentro de certos parâmetros. Para estes, há de se observarem os limites da invasão, pela gestão privada, de parcelas finalisticamente envolvidas com a coerção. Ou seja: admite-se a transferência de atribuições que importem a realização material e acessória de atividades envolvidas com a coerção.

Questão interessante envolve atividades de segurança interna do presídio. Embora já haja experiências quanto à transferência destas no Brasil e em outros países (eventualmente, com a transferência da gestão e da operação das atividades de segurança), parece-me que, em princípio, a hipótese poderá traduzir invasão da gestão privada em áreas comprometidas com o exercício imediato da coerção, o que acarretaria a sua vedação. Até porque tais serviços colaboram diretamente com a manutenção da *disciplina*⁵⁹² do estabelecimento penal, o que envolve dificuldades particulares (eis que sua finalidade vai além da necessidade de convivência harmônica entre as pessoas na prisão, “devendo concorrer para melhor individualização da pena e proporcionar condições que estimulem as funções éticas e utilitárias da pena para futura reinserção social do condenado”⁵⁹³).

Contudo, não se pode desconsiderar que a evolução tecnológica vem acarretando a automatização de atividades relacionadas com a segurança e vigilância, abrindo novas frentes para a participação dos privados. O desenvolvimento tecnológico - cujo financiamento e domínio está na iniciativa privada (principalmente) - tem produzido novas soluções na seara dos serviços de suporte às funções do Estado. Neste aspecto, a alteração dos fatos propicia a transformação hermenêutica. Cada vez mais, sistemas de segurança utilizados em estabelecimentos prisionais vêm se socorrendo da técnica, reduzindo a interferência humana e transformando a metodologia de execução de tarefas. Já são comuns, por exemplo, programas de monitoramento eletrônico de infratores. Cite-se a prisão domiciliar eletronicamente monitorada (*electronic tagging*) utilizada em países como Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Nova Zelândia e Austrália. Na Inglaterra, o *Criminal Justice Act*, de 1991, dotou os juízes do poder de expedir ordens de recolher ao domicílio ou a local determinado dirigido a detentos maiores de 16 anos

⁵⁹² Art. 44 e seguintes da Lei n° 7210/1984.

⁵⁹³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 9ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 128.

em regime de monitoramento eletrônico: empresas de segurança privada encarregaram-se da supervisão do programa, que se servia de radiotransmissão por braceletes ou tornozeleiras de uso dos detentos.⁵⁹⁴ Outro exemplo refere à proposição de sistema de vigilância eletrônica interna em presídios, operacionalizada por câmeras com captação sonora.⁵⁹⁵

Logo, no domínio de atividades de apoio tecnológico ao controle da vigilância (e segurança) em estabelecimentos penitenciários (desde que provida sua regulamentação) parece possível socorre-se da iniciativa privada para o provimento de serviços desta natureza. A hipótese é viável em outros ordenamentos⁵⁹⁶. A gestão e a determinação de diretrizes acerca do sistema de segurança interna caberá indeclinavelmente à Administração. Mas atividades conexas e de suporte poderão realizar-se por empresas especializadas. Não há, na hipótese, qualquer vício legal ou constitucional invocável por fundamento na “quebra de um equilíbrio imanente entre privados” ou mesmo pelo risco do exercício ilegítimo da coação de um particular em face de outro.

Quanto a isso, deve-se lembrar que inúmeras atividades que pressupõe o uso da violência por privados, sem transferência do poder de polícia, são regulamentadas em nosso ordenamento. Cite-se o exemplo do processo expropriatório, sede em que, muito embora haja a reserva pela pessoa política da competência de editar o ato declaratório de utilidade pública ou interesse social (competência decisória política), empresas concessionárias poderão desempenhar os atos decorrentes da desapropriação (art. 3.º do Decreto-lei nº 3365/41). A prisão em flagrante é um outro exemplo.

Não se contraponha o já referido argumento de natureza ética, que condena a manifestação da força de um indivíduo sobre outro. Não há, de fato, uma concepção apriorizada, de conteúdo ético (jurídico), que possa impedir que um indivíduo

⁵⁹⁴ Ver MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade*. São Paulo: Max Limonad. 2000, p. 156. Ver OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 313. No Brasil, não há previsão legal acerca de monitoramento eletrônico para infratores.

⁵⁹⁵ Alternativa cogitada por FÁBIO MEDINA OSÓRIO em artigo publicado no Jornal Zero Hora. OSÓRIO, Fábio Medina. “Câmeras nos presídios”, in *Jornal Zero Hora*, edição de 05 de abril de 2001.

⁵⁹⁶ No Reino Unido, o *Criminal Justice Act* 1991 possibilita a delegação da guarda das prisões, com o financiamento, o projeto, a construção e sobretudo a gestão do estabelecimento (no âmbito das *Private Finance Initiative*). É o caso das prisões de Agrecoft, Bridgent e Frakerley. Ver COSSALTER, Phillipe. “A Private Finance Initiative”, in *Revista de Direito Público da Economia* n. 06. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 152.

detenha habilitação jurídica para a manifestação de coerção em relação a outro indivíduo. Os exemplos referidos acima, e que retratam o uso autorizado de força de um indivíduo sobre outro, demonstram (que um exame sistemático do ordenamento indica) a ausência de imoralidade à hipótese.

Enfrente-se, ainda, o referido argumento quanto à tangibilidade da prestação de serviços prisionais à função jurisdicional. Tem-se argumentado que a possibilidade jurídica do desempenho de atividades prisionais, ainda que materiais e acessórias, esbarraria na indelegabilidade da função *jurisdicional*. Isso porque a execução da pena caracteriza-se como uma espécie de “longa manus” da atividade jurisdicional.

Não parece que o argumento tenha procedência. Primeiro pela evidência da natureza complexa da atividade da execução penal, decorrendo-lhe não só aspectos jurisdicionais como também atribuições de caráter administrativo. Depois porque atividades de mero suporte material ao funcionamento de presídios não apresentam implicação com atribuições decisórias, indelegáveis (como o exercício de poder disciplinar, conforme previsão dos artigos 47 e 48 da LEP). A possibilidade, portanto, de atribuir-se ao prestador privado atividades não-decisórias, mas materiais e executivas, mesmo que inseridas na seara da execução penal, não guarda relação direta com a função jurisdicional, servindo apenas ao suporte material ao cumprimento da pena. Lembre-se, ademais, a hipótese de juízes, no âmbito de sua função jurisdicional, utilizarem-se de serviços técnicos prestados por privados para a formulação do juízo de convicção. São as perícias técnicas prestadas por pessoas especializadas livremente indicadas pelo juízo.

Veja-se também que a hipótese dos privados participarem da execução da pena não é vedada pela lei. Muito ao contrário. A Lei de execuções penais (Lei nº 7210/84) prevê, em inúmeros dispositivos, a possibilidade da comunidade participar da execução da pena (artigos 4º, 14, § 2º, 17, 20, 24, 36, 78, 80)⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ Agregue-se que atos infra-legais já referiram à hipótese de particulares atuarem em serviços e atividades prisionais na esfera de uma “gestão mista” com o Poder Público (ainda que essa terminologia seja questionável). A Resolução nº 03 de 25 de abril de 1995, editada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, determinou, no inciso IX do artigo 1º, ao Departamento de Assuntos Penitenciários (DEPEN), que, “ao proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar atividades e projetos de aprimoramento do Sistema Penitenciário, sejam observadas, dentre outras prioridades, a implantação de “projetos pilotos de gerenciamento misto dos sistemas penitenciários, com a participação da iniciativa privada, na administração prisional, nos termos de lei”.

Portanto, é conclusivo que a prática de atividades de suporte a estabelecimentos prisionais, que pode conter-se em escopo de contratos de parcerias público-privadas, é autorizada pelo ordenamento nacional. Já a gestão (estratégica e operacional) propriamente de prisões e acerca de atividades relacionadas com a coerção cabe exclusivamente ao Poder Público por traduzir-se em manifestação típica e intransferível da autoridade pública.

Há, ainda, um último aspecto a se considerar na esfera de possíveis arranjos negociais acerca da gestão mista de presídios. Trata-se da exploração do trabalho remunerado dos presos⁵⁹⁸. O tema é recorrente no direito norte-americano, onde se conhecem os presídios ditos “industriais”.

A hipótese apresenta, primariamente, uma dificuldade de operacionalização, sob a evidência de que não é constitucionalmente possível obrigar o preso ao trabalho, visto que a Constituição Federal proíbe a pena de trabalho forçado (no inciso XLVII do art. 5º). Logo, apenas os voluntários seriam considerados para tanto⁵⁹⁹. Pode decorrer disso certa dificuldade de delimitar e precisar com segurança prévia os ajustes remuneratórios (ainda que isso não seja impraticável).

Mas não há propriamente óbice constitucional ou legal à hipótese⁶⁰⁰. Observe-se que a própria LEP prevê, na alínea “d” do § 1º do art. 29, que o produto da remuneração pelo trabalho deverá atender, além de outras destinações, “ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado”. Também o § 2º do art. 34 da mesma lei, introduzido pela Lei n.º 10.792/2003, dispõe que “Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios”. Parece possível, em face disso e em princípio, admitir-se o uso de trabalho (remunerado) do preso como fator de composição da remuneração ao prestador-gestor de serviços gerais no sistema de co-gestão de presídios. Contudo, a hipótese deverá conformar-se às demais previsões da LEP, inclusive no que toca ao caráter educativo do trabalho (art. 28).

⁵⁹⁸ Esta possibilidade já constou de “Proposta ...”, OLIVEIRA, Edmundo. Brasília: Ministério da Justiça, 1992.

⁵⁹⁹ Observe-se, contudo, que a LEP prevê, no inciso V do art. 39, o dever do condenado à “execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas”.

⁶⁰⁰ Contra a proposição, manifesta-se JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JUNIOR, sustentando que, do ponto de vista ético, “será intolerável que um indivíduo, ademais de exercer domínio sobre outro, aufera vantagem econômica, do trabalho carcerário. (...) Somente ao Estado será moralmente lícito obter receita deste trabalho”. *Privatização...*, p. 13.

Como consideração final, seria oportuno acrescentar que o desenvolvimento de programas de parcerias público-privadas que compreendam atividades de suporte ao exercício de funções exclusivas estatais, como os projetos que envolvam a construção de estabelecimentos prisionais associados à gestão decorrente de serviços administrativos gerais, deverá se fazer acompanhar da previsão de cláusulas específicas e regulamentares que prescrevam atribuições suficientes à garantia de um desempenho seguro e satisfatório do objeto pelo parceiro privado, delineando ainda um suficiente controle por parte do Poder Público.

Bem assim, deverá a questão merecer ainda a atenção do legislador quanto à instituição de regras específicas que disciplinem aspectos fundamentais inerentes ao exercício destas atividades, como restrições à negociabilidade de ações de empresas titulares dos contratos, formação de profissionais, controle de gestão etc. Enquanto se permanece sem um quadro legal específico acerca disso, caberá ao contrato conformar com precisão e suficiência todos estes aspectos.

2.5 RESPONSABILIDADE FISCAL NA CELEBRAÇÃO E EXECUÇÃO DAS PARCERIAS

O inciso IV art. 4º da Lei n. 11079/2004 impõe à Administração uma diretriz de obediência à responsabilidade fiscal na celebração e execução das PPPs. Como contratos administrativos de longo alcance e que envolvem necessariamente contraprestações do Poder Público (e, na grande maioria dos casos, contraprestação pecuniária do parceiro público), as PPPs pressupõem uma adequada responsabilidade fiscal na gestão dos compromissos financeiros do Estado.

A noção de *responsabilidade fiscal* no direito brasileiro pode ser extraída do disposto no § 1º do art. 1º da Lei Complementar n. 101/2000, ao prescrever que “a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas”. E a mesma norma agrega a esta noção os pressupostos genéricos ao alcance da gestão fiscal responsável, assinalando que esta se cumpre “mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com

peçoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

O dispositivo revela alguns dos princípios centrais que devem informar o tratamento da responsabilidade fiscal. Ao aludir-se a uma “ação planejada”, fixa um de seus objetivos relevantes: fortalecer o *planejamento* da atuação governamental⁶⁰¹. Este se cumpre mediante uma série de instrumentos jurídicos, como a lei de diretrizes orçamentárias, a lei orçamentária anual, o plano plurianual etc. A prevenção de riscos e a correção de desvios hábeis a afetar o equilíbrio das contas públicas traduzem objetivos específicos de preservação das finanças públicas, os quais se cumprem pelas exigências de produção de metas fiscais, de previsão de riscos fiscais, de controle sobre a geração despesas (controle de fluxo), de controle sobre o endividamento (controle do estoque da dívida) etc., todas disciplinadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

No universo das PPPs, a responsabilidade fiscal é um aspecto de enorme relevância. Estes contratos, de longuíssima duração e de acentuada dimensão econômico-financeira, envolvem em todos os casos o comprometimento de recursos públicos, além da possibilidade da distribuição de riscos (imprevisíveis, inclusive) entre parceiro público e parceiro privado, com efeitos hábeis a impactar orçamentos futuros. Estas características atraem as cautelas da responsabilidade fiscal, submetendo os ajustes de PPP ao atendimento de diversos requisitos daquela Lei, inclusive aos sistemas de *controle de fluxo* e *controle de estoque da dívida*, nos termos adiante examinados.

Reforçando-se o estabelecimento de uma diretriz de responsabilidade fiscal (prescrita pelo inciso IV do art. 4), a Lei n. 11079/2004 prescreveu uma série de constrangimentos à Administração visando ao enquadramento da gestão administrativa no nível de uma gestão fiscal responsável. Ainda que a grande maioria destas amarras já se encontrasse acolhida pela Lei de Responsabilidade Fiscal, a explícita associação destes controles à disciplina das PPPs pela Lei específica não é supérflua, dado um risco de se emprestar à exegese do modelo nacional a configuração jurídico-contábil praticada na experiência histórica

⁶⁰¹ Ver FIGUEIREDO, Carlos Maurício. FERREIRA, Cláudio. RAPOSO, Fernando. BRAGA, Henrique. NÓBREGA, Marcos. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 2001, p. 41.

européia⁶⁰², em que a especificidade das técnicas de contabilização usualmente praticadas desfiou um adequado controle fiscal dos compromissos assumidos pelo Poder Público na esfera das *public private partnerships*.

2.5.1 A PPP Como Via Histórica a Contornar Limitações Fiscais (a Experiência Européia)

O tema da responsabilidade fiscal apresenta relação intrínseca com a gênese da PPP. Deve-se lembrar que o modelo das PPPs disseminou-se na Europa (a partir do modelo britânico das *Private Finance Initiative*) como um meio de evitar limitações orçamentárias impostas pelo Tratado de Maastricht e pelo Pacto de Crescimento e Estabilidade, que impuseram uma limitação ao déficit público dos países-membros da UE. Um dos *critérios de convergência* estabelecido pelo Tratado esteve no respeito pelos Estados-membros (para o ingresso na terceira fase da UEM) ao limite de 3% do déficit orçamental em relação ao produto interno bruto, assim como no atendimento ao limite de 60% da dívida pública em relação produto interno bruto. As PPPs significaram um instrumento contratual adequado a permitir investimentos em infra-estrutura sem o correspondente comprometimento fiscal do Poder Público, permitindo-se inscrever os ativos financeiros relativos à execução de empreendimentos de infra-estrutura na contabilidade do parceiro privado. As PPPs constituíram, assim, um modelo que permitiu jogar para fora do balanço da Administração Pública (*off balance sheet*) os investimentos demandados na construção de grandes empreendimentos em infra-estrutura⁶⁰³. Transferidos os

⁶⁰² Pode-se lembrar, aqui, a advertência de VITAL MOREIRA, quando comentava que “O perigo da PFI é que ela constitui um modo tentador de os governos fazerem obra rapidamente, sob pressão política, sem uma rigorosa avaliação do seu custo final para os contribuintes. A desnecessidade de endividamento público para construir a obra e o diferimento dos encargos para o futuro têm em si mesmo um efeito anestesiador da opinião pública”. “A Tentação da Private Finance Initiative (PFI)”, In MARQUES, Maria Manuel Leitão. MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 189.

⁶⁰³ Na palavra de ANA MARÍA JUAN LOZANO e de JESÚS RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, “...el debate sobre las modalidades de financiación privada de infraestructuras y servicios se viene enmarcando en la búsqueda de soluciones a las restricciones presupuestarias. De este modo, cuando en La actualidad se analizan las distintas alternativas que se barajan en el ámbito de las Administraciones Públicas se viene haciendo hincapié, en numerosas ocasiones, en su utilidad para mantener el esfuerzo inversor sin comprometer las exigencias presupuestarias derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea”. *La Colaboración Público-Privada en La Financiación de Las Infraestructuras y Servicios Públicos. Una Aproximación desde los Principios Jurídico-Financieros*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006, p. 26 e 27.

investimentos ao capital privado, livrava-se o balanço público da inscrição destes ativos, o que permitia que estes investimentos não impactassem o endividamento (e o déficit) dos países europeus.

É verdade que a evolução histórica produziu o incremento de controles orçamentários ou de endividamento relativamente aos riscos assumidos pelo parceiro público nos contratos de PPP, sob a percepção de que a assunção de riscos em contratos de tão longo prazo pode se traduzir em impactos fiscais futuros. Lembre-se a tão incisivamente criticada experiência portuguesa com as concessões rodoviárias sem custos para o utilizador – SCUTs (pelo modelo *shadow toll*) - regidas neste país pelo Decreto-Lei n. 267/97, pelas quais se concedeu a concepção, conservação e exploração de auto-estradas a partir de remuneração provida exclusivamente pelo poder concedente (o poder público arca com o custo das tarifas que seriam pagas pelos usuários) -, por terem gerado fortes e sucessivos impactos nos orçamentos públicos deste país.

A preocupação quanto a uma adequada contabilização dos compromissos financeiros dos Estados europeus assumidos em ajustes de PPP resultou numa iniciativa da Eurostat (agência responsável pelas estatísticas da Comunidade Européia) de unificar ou de padronizar a contabilização dos compromissos financeiros envolvidos nas PPPs. Segundo uma decisão de fevereiro de 2004 da Eurostat - *New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships* -, os compromissos financeiros em princípio poderão ser inscritos no balanço do parceiro privado (*off government balance sheet*), desde que o parceiro privado assuma (i) o risco de construção (*construction risk*) do projeto e, além disso, (ii) o risco de disponibilidade (*availability risk*) ou o risco de demanda (*demand risk*)⁶⁰⁴. Nos termos da decisão, para que se caracterize a assunção destes riscos

⁶⁰⁴ “Eurostat recommends that the assets involved in a public-private partnership should be classified as non-government assets, and therefore recorded off balance sheet for government, if both of the following conditions are met: (1) the private partner bears the construction risk, and (2) the private partner bears at least one of either availability or demand risk. If the construction risk is borne by government, or if the private partner bears only the construction risk and no other risks, the assets are classified as government assets. This has important consequences for government finances, both for the deficit and the debt. The initial capital expenditure relating to the assets will be recorded as government fixed capital formation, with a negative impact on government deficit/surplus. As a counterpart of this government expenditure, government debt will increase in the form of an “imputed loan” from the partner, which is part of the “Maastricht debt” concept. The regular payments made by government to the partner will have an impact on government deficit/surplus only for the part relating to purchases of services and “imputed interest”.

pelo parceiro privado, é necessário que este absorva *parcela majoritária*⁶⁰⁵ do risco de construção e do risco de disponibilidade ou do risco de demanda. A cobertura do risco de construção abrange atrasos na entrega da construção e diferenças de custo experimentadas ao longo de sua execução, particularmente daquelas decorrentes de deficiências técnicas e externalidades negativas. O risco de disponibilidade refere-se à disponibilização do objeto da parceria (pelo parceiro privado), em seus aspectos qualitativos e quantitativos (o que envolve também as penalizações econômicas a propósito do descumprimento das obrigações contratuais). Já o risco de demanda tem por cobertura as variações de demanda, referindo-se aos níveis de utilização pelos usuários (risco de utilização), quando estes se distanciam do previsto pelo projeto.

A decisão da Eurostat é, portanto, uma tentativa de impor a obrigação dos Estados-membros em contabilizar os ativos de uma PPP como dívida do Poder Público sempre que este assumir riscos relevantes num projeto de PPP. Como referido pela Agência: “Em contas nacionais, os ativos envolvidos em PPP podem ser considerados como ativos não governamentais somente se existir forte evidência de que o parceiro (privado) suporta a maior parte dos riscos envolvidos na parceria em questão. Deste modo, esta análise de riscos suportados pelas partes envolvidas no contrato é o elemento fundamental para acessar o tipo de parceria envolvida no projeto, no que diz respeito à classificação dos ativos envolvidos no contrato, de modo a garantir correta contabilização dos impactos da PPP no déficit público”⁶⁰⁶.

O modelo brasileiro de PPP já nasceu contaminado por estas preocupações. Não por acaso a Lei n. 11079/2004 trouxe uma série de restrições à assunção de compromissos financeiros pela Administração no âmbito de PPPs. No Brasil, a questão da responsabilidade fiscal nas PPPs merece especial preocupação tendo em vista que o modelo nacional pressupõe sempre a existência de contraprestações

⁶⁰⁵ “Many risks may be observed in practice in such arrangements. The wording used may be in addition diverse and confusing. This is why, for the purpose of this decision, Eurostat has selected three main categories of “generic” risks. Therefore, “bearing a risk” for one party means that this party bears the majority of the risk” *New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships* - 18/2004 - 11 February 2004, Eurostat.

⁶⁰⁶ “In national accounts, the assets involved in a public-private partnership can be considered as non-government assets only if there is strong evidence that the partner is bearing most of the risk attached to the specific partnership. Therefore, this analysis of risks borne by the contractual parties is the core element of the assessment of a partnership project, as regards classification of the assets involved in the contract, in order to ensure the correct accounting of the impact on the government deficit of public-private partnerships”. *New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships* - 18/2004 - 11 February 2004, Eurostat.

públicas em contratos de PPP – e quase sempre esta contraprestação terá natureza de contraprestação pecuniária (o que não ocorre sempre nos modelos estrangeiros de PPP – que podem ser reconduzido à denominação de *Public Private Partnership*).

2.5.2 As Ferramentas de Controle Fiscal das PPPs no Direito Brasileiro

No direito da responsabilidade fiscal, identificam-se dois instrumentos relevantes a assegurar o equilíbrio das contas públicas: as restrições diretamente aplicáveis à *geração de despesa* (artigos 16 a 24 da LRF), e o *controle sobre o endividamento* (artigos 29 a 38 da LRF) – considerado um *controle do estoque da dívida*. Esses dois sistemas são complementares no exercício de controle acerca do equilíbrio fiscal da gestão pública.

Uma regra importante do controle de fluxo, aplicável às despesas de caráter obrigatório e continuado (§ 2º do art. 17), reside em assegurar que a geração de novas despesas será acompanhada pelo aumento proporcionado de receitas ou pela diminuição proporcional de outras despesas. Esta técnica, incorporada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, é herdada do direito norte-americano, onde se conhece o sistema PAYGO (*pay-as-you-go*), instituído pelo *Budget Enforcement Act*, de 1990-2002⁶⁰⁷. No dizer de WÉDER DE OLIVEIRA, os procedimentos do PAYGO aplicam-se às legislações sobre receitas e despesas obrigatórias. “Qualquer programa novo ou proposta de expansão de programa mandatório já existente ou redução de tributos (inclusive ampliação benefícios tributários) requer que o respectivo aumento de despesa ou redução de receita seja compensado, por um aumento em outras receitas ou por uma redução de despesas com programas mandatórios, ou ambos”⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ “The Budget Enforcement Act of 1990 (Title XIII of P.L. 101-508) was designed to constrain future budgetary actions by Congress and the president. It took a different tack on fiscal restraint than earlier efforts, which had focused on annual deficit targets in order to balance the budget. Rather than force agreement where there was none, BEA was designed to enforce a previously reached agreement on the amount of discretionary spending and the budget neutrality of revenue and mandatory spending legislation”. Budget Process – Extending Budget Controls. United States General Accounting Office, 2002.

⁶⁰⁸ “Lei de Responsabilidade Fiscal, Margem de Expansão e o Processo Legislativo Federal”. Monografia premiada em 1º lugar no IX Prêmio Tesouro Nacional – 2004, Lei de Responsabilidade Fiscal - Tema Especial. Brasília: ESAF, 2004, p. 24.

Este sistema de compensação inspirou a legislação nacional sobre responsabilidade fiscal. Retrata um exercício prognóstico, com o objetivo de alcançar um equilíbrio intertemporal entre despesas e receitas públicas. Como uma ferramenta que funciona à base (também) de previsões, não apresenta resultados absolutamente seguros. As previsões que alimentam as indicações de ingresso de receitas e geração de despesas não serão revestidas de certeza, na acepção de que podem não se confirmar no futuro.

Como as indicações de ingresso de receitas e de geração de despesas não comportam diagnósticos plenamente seguros, a falibilidade deste sistema, do ponto de vista do alcance de uma gestão fiscal equilibrada, é atenuada e complementada pelo sistema de *controle de endividamento* (ou controle do estoque da dívida).

O sistema do controle de endividamento (artigo 29 e seguintes da Lei de Responsabilidade Fiscal) funciona a partir da imposição de limites à dívida consolidada líquida e à dívida mobiliária dos entes federados. Controla-se, por esta via, a expansão da dívida estatal pela previsão de limites máximos (percentuais) incidentes sobre o valor da *receita corrente líquida*.

O limite do estoque da dívida pública consolidada, no Brasil, é calculado (para o Distrito Federal, Estados e Municípios), segundo a Resolução n. 40/2001 do Senado Federal (que exerceu a competência lhe outorgada pelo inciso VII do art. 52 da CF), mediante um percentual máximo incidente sobre a “receita corrente líquida”⁶⁰⁹. *Dívida pública consolidada* é definida pela normativa como “o montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras, inclusive as decorrentes de emissão de títulos, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito para amortização em prazo superior a 12 meses, dos precatórios judiciais emitidos a partir de 5 de maio de 2000 e não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos, e das operações de crédito, que, embora de prazo inferior a 12 meses, tenham constado como receitas no orçamento

⁶⁰⁹ Nos termos do art. 3º da Resolução n. 40, a dívida consolidada líquida dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao final do décimo quinto exercício financeiro contado a partir do encerramento do ano de publicação da Resolução (2001), não poderá exceder, respectivamente, a: no caso dos Estados e do Distrito Federal: 2 vezes a receita corrente líquida; e, no caso dos Municípios: a 1,2 vezes a receita corrente líquida.

(art. 1º, § 1º, III)⁶¹⁰. Já *receita corrente líquida* define-se como “o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: (i) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; (ii) nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição Federal”.

A Lei n. 11079/2004 acolheu ambos os sistemas de controle da dívida: controle de fluxo e controle de estoque.

Não há maiores dificuldades quanto à aplicação do controle de fluxo às PPPs. Uma PPP gerará sempre despesas públicas, o que atrairá as restrições próprias à hipótese. O controle de fluxo é previsto em alguns dispositivos do art. 10 da Lei 11079, como na alínea “a” do inciso I do art. 10; e nos incisos II e IV do mesmo art. 10⁶¹¹. Fundamentalmente, a preocupação revelada nestes dispositivos está em assegurar a *compensação financeira* relativamente às despesas geradas nos contratos de PPP, mediante o aumento proporcionado de receita ou redução de outras despesas.

Já o controle do endividamento vem previsto na alínea “c” do inciso I do art. 10⁶¹² da Lei Geral de PPP, que remete à regulação infra-legal a determinação dos

⁶¹⁰ Lembre-se que, nos termos do inciso I do art. 29 da LRF, dívida pública consolidada ou fundada corresponde ao “montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses”. E § 3º do mesmo artigo complementa: “Também integram a dívida pública consolidada as operações de crédito de prazo inferior a doze meses cujas receitas tenham constado do orçamento”. O art. 98 da Lei n. 4320/64 traz, ainda, outra definição de dívida pública fundada, sendo aquela que “compreende os compromissos de exigibilidade superior a doze meses, contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financeiro de obras e serviços públicos”.

⁶¹¹ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre: (...) b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e (...) II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública.

⁶¹² Art. 10. I – (...) c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato.

critérios que conduzem à aplicação dos artigos 29, 30 e 32 da LRF às PPPs. Tal como previsto pelo artigo 25, a consolidação das contas públicas em contratos de PPP será disciplinada de acordo com “normas gerais” editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional. Esta competência foi exercitada por esse órgão em 2006, mediante a edição da Portaria n. 614/2006, em que se estabeleceram regras gerais (mas aplicáveis restritivamente à União Federal) para a contabilização destes gastos públicos.

Esta normativa veio regular, dentre outras hipóteses, o controle sobre o endividamento na celebração de parcerias público-privadas. O seu art. 4º, ao adotar o critério do risco como norteador da contabilização dos ativos de uma PPP na contabilidade do parceiro público, dirimiu dúvida fundamental, plantada desde a gestação da Lei Geral de PPP, acerca da natureza contábil dos compromissos financeiros do parceiro público assumidos naquela sede.

2.5.3 O tratamento normativo pela Portaria STN n. 614/2006: os critérios que permitem determinar quando uma PPP impactará o endividamento

Como se viu, a alínea “c” do inciso I do artigo 10º da Lei n. 11079/2004 dispôs que, quando for o caso e na conformidade das normas editadas na forma do art. 25, serão aplicáveis às PPPs a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da LRF, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato. Já o art. 25 previu que a consolidação das contas públicas em contratos de PPP será disciplinada de acordo com “normas gerais” editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional. Esta competência foi exercitada por esse órgão em 2006, mediante a edição da Portaria n. 614/2006, em que se estabeleceram regras gerais para a contabilização destes gastos públicos.

O art. 4º da referida Portaria dispôs que “a assunção pelo parceiro público de *parte relevante* de pelo menos um entre os riscos de *demandas*, *disponibilidade* ou *construção* será considerada condição suficiente para caracterizar que a essência de sua relação econômica implica registro dos ativos contabilizados na SPE no balanço do ente público em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos riscos assumidos”.

Como se observa, a Secretaria do Tesouro Nacional, à semelhança da regulação europeia sobre o tema (provida pela *Eurostat*), acolheu o critério do *risco* como definidor das hipóteses em que uma PPP deve impactar o endividamento, isto é: das hipóteses em que os compromissos financeiros assumidos pelo parceiro público devem ser contabilizados como *dívida pública*. Partindo da diretriz contábil de que o critério para registro das parcerias nas demonstrações contábeis dos entes públicos deverá refletir a *essência de sua relação econômica* com as sociedades de propósito específico - SPE constituídas para operacionalizar a PPP (art. 2º), prescreveu que, sempre que a assunção pelo parceiro público de *parte relevante* de pelo menos um entre os riscos de *demanda*, *disponibilidade* ou *construção*, os ativos contabilizados na SPE deverão constar da contabilidade do ente público (com a correspondente inscrição de passivos).

A disciplina nacional (federal) mostra-se, de um ponto de vista das limitações ao endividamento, mais restritiva, inclusive, que aquela veiculada pela *Eurostat* (e que lhe inspirou). Enquanto no caso europeu os compromissos financeiros em princípio poderão ser inscritos no balanço do parceiro privado, desde que o parceiro privado assuma cumulativamente (i) o risco de construção do projeto + (ii) ou o risco de disponibilidade ou o risco de demanda, a disciplina nacional impõe a contabilização dos ativos (e passivos) da SPE na contabilidade do ente público sempre que o parceiro público assumir *parcela relevante* de qualquer daquelas espécies de riscos.

Vencendo ainda uma indeterminação da normativa estrangeira, a Portaria n. 614 definiu, para fins de aplicação da regra, não apenas o que se deve entender por risco de construção, risco de demanda e risco de disponibilidade, mas também em que hipóteses restará configurada a assunção de *parcela relevante* dos mesmos. Assim, determinou a norma que o parceiro público deverá contabilizar os ativos (conjuntamente com os correspondentes passivos) da SPE sempre que (i) assumir parcela relevante do *risco de demanda*⁶¹³, o que se configurará quando o parceiro público garantir ao parceiro privado receita mínima superior a 40% do fluxo total de receita esperado para o projeto, independente da utilização efetiva do serviço objeto

⁶¹³ Define a regra *risco de demanda* “como o reflexo na receita do empreendimento da possibilidade de que a utilização do bem objeto do contrato possa ser diferente da frequência estimada no contrato, desconsideradas as variações de demanda resultantes de inadequação ou qualidade inferior dos serviços prestados, qualquer outro fator de responsabilidade do parceiro privado que altere sua qualidade ou quantidade ou ainda eventual impacto decorrente de ação do parceiro público”.

da parceria; (ii) assumir parcela relevante do *risco de construção*⁶¹⁴, o que se configurará quando garantir ao parceiro privado compensação de pelo menos 40% em relação ao custo originalmente contratado ou 40% em relação à variação do custo que exceder ao valor originalmente contratado, considerando todos os custos referentes à constituição ou manutenção do bem associado à parceria, inclusive mediante a indexação da receita do contrato a índices setoriais de preços que reflitam a evolução do custo de construção e manutenção do bem e o repasse de custos de reparos e outros custos de manutenção do bem; e (iii) assumir parcela relevante do *risco de disponibilidade*⁶¹⁵, o que se configurará quando garantir ao parceiro privado o pagamento de pelo menos 40% da contraprestação independente da disponibilização do serviço objeto da parceria em desacordo com as especificações contratuais. Lembre-se que a própria Lei, no seu art. 7º, limita a assunção destes riscos, ao impor que as contraprestações providas pelo parceiro público deverão obrigatoriamente ser precedidas da disponibilização do serviço.

Além disso, determinou o art. 7º da Portaria que os riscos deverão ser provisionados e contabilizados pelos entes públicos em decorrência de garantias concedidas ao parceiro privado ou em seu benefício.

Restaram excetuadas da obrigação de registro no balanço do ente público dos ativos contabilizados na SPE as concessões patrocinadas nas quais não exista contraprestação fixa devida de forma independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria, desde que o parceiro público não assuma parte relevante nem do risco de disponibilidade nem do risco de construção (§ 2º do art. 4º).

Logo e como se vê, a assunção de riscos pelo parceiro público constituiu-se no único e específico critério elegido pela normativa para a contabilização dos compromissos financeiros do parceiro público como *dívida*, considerando-se estes para fins de incidência do limitador do endividamento (dívida pública consolidada) fixado mediante um percentual máximo incidente sobre a *receita corrente líquida* – como se viu acima.

Não seria despropositado antever que estes critérios de contabilização influenciarão na prática da alocação de riscos em contratos de PPP (um dos

⁶¹⁴ Define a regra o risco construção “como sendo a variação dos principais custos referentes à constituição ou manutenção do bem”.

⁶¹⁵ Define a regra o risco de não disponibilização do bem “como sendo o fornecimento do serviço em desacordo com os padrões exigidos, ou desempenho abaixo do estipulado”.

aspectos mais relevantes para um desenho eficiente do contrato de PPP). Aponta-se o risco da lógica da *eficiente distribuição-alocação dos riscos* ser relativizada mediante propósitos fiscais, com vistas à administração do balanço do ente público. Vale lembrar aqui o que adverte o Tesouro Inglês quanto a programas de PFI: “é relevante que autoridades não comprometam o *value-for-money* a partir da transferência de riscos desnecessariamente com vistas a obter um específico resultado em sua contabilização: riscos devem ser absorvidos pelas partes que sejam mais hábeis a administrá-los”⁶¹⁶.

2.5.3.1 A Regulação do tema pela via infra-legal – a validade dos critérios acolhidos pela norma

Um aspecto que deve ser analisado no contexto da disciplina infra-legal da temática da caracterização dos compromissos financeiros assumidos pelo parceiro público em uma PPP para fins de sujeição ao controle do endividamento reside na (in)compatibilidade dos critérios definidos pela norma regulamentar com as noções veiculadas pelo direito financeiro posto, inscritas na Lei de Responsabilidade Fiscal. Trata-se de examinar se a disciplina daquela Portaria harmoniza-se com a noção de *dívida pública consolidada*, plantada no art. 29 da LRF e utilizada pela Resolução n. 40/2001 do Senado Federal como um elemento do cômputo do limite ao estoque da dívida. Neste enfoque, se os compromissos financeiros assumidos pelo Poder Público em PPP configurarem dívida pública consolidada, serão automaticamente computados para o cálculo do endividamento; se forem, contudo - de acordo com a sua natureza -, incompatíveis com aquela noção legal, não deverão somar-se à base do endividamento.

Como se disse, a noção de dívida pública fundada vem prescrita pelo inciso I do art. 29 da LRF como sendo o “montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses”⁶¹⁷. A dívida fundada decorrerá então

⁶¹⁶ *Value for Money – Assessment Guidance*. HM Treasury Contracts. London. 2006, p. 7. In *hm-treasury.gov.uk*, p. 10.

⁶¹⁷ A mesma definição é veiculada pelo inciso III do § 1º do art. 1º da Resolução nº 40/2001, com as alterações da Resolução nº 5/ 2002, e pelo inciso III do art. 2º da Resolução nº 43/2001, com

de *obrigações financeiras* de toda ordem assumidas pelo ente público, amortizáveis em prazo superior a 12 meses. Socorrendo-se da definição contida na Lei n. 4320/64 (art. 98), tem-se que a dívida fundada “compreende os compromissos de exigibilidade superior a dozes meses, *contraídos para atender a desequilíbrio orçamentário ou a financiamento de obras e serviços públicos*”. O conceito operado pelas normas parece ter sido amplo o suficiente para permitir, em tese, a recondução de certos compromissos financeiros assumidos pelo Estado em ajustes de PPP. Como diz a doutrina: “Dele decorre que qualquer espécie de obrigação contraída pela Administração Pública será suscetível de subsunção a essa categoria – a de dívida pública fundada – pela simples circunstância de traduzir uma obrigação financeira com pagamento previsto para período superior a 12 meses”⁶¹⁸. A amplitude⁶¹⁹ do conceito de “dívida pública consolidada” tem autorizado a doutrina a entender que o enquadramento daqueles compromissos como “dívida pública fundada” caberá à lei em sentido amplo (o que abrange a via regulamentar)⁶²⁰.

Na missão de definir critérios objetivos à contabilização dos gastos em PPP, a Portaria n. 614/2006 veio então a precisar os casos em que uma PPP deve impactar o endividamento. Supôs o regulador que a assunção de “parcela relevante” dos riscos contratuais pelo parceiro público conduz a um certo nível de exposição do

as alterações decorrentes da Resolução nº 3/2002, da Resolução nº 19/2003, e da Resolução nº 67/2005.

⁶¹⁸ VANICIE LÍRIO DO VALLE afirma compreender o conceito “uma extensa gama de obrigações pecuniárias da Administração Pública, tendo em consideração, especialmente, o dado de projeção futura de efeitos...”. *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: Uma Condição Possível*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 140 e 141.

⁶¹⁹ Há quem defenda que, ao se delimitar o montante de dívida pública fundada à assunção de obrigações *financeiras*, a norma excetua daquele cômputo as operações que não se destinem a atender necessidades de *financiamento* de certas despesas públicas: “dívida pública é a obrigação do Poder Público originária do apelo ao crédito para atender a necessidades de financiamento de despesas processadas em volume superior à realização de suas receitas efetivas, cujo ingresso não gera obrigação de contrapartida futura”. FIGUEIREDO, Carlos Maurício. FERREIRA, Cláudio. RAPOSO, Fernando. BRAGA, Henrique. NÓBREGA, Marcos. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 2001, ps. 180 e 181. “Compreenderá, a *dívida pública fundada*, nos termos da Lei n. 4320/64, compromissos de longo prazo destinados a atender desequilíbrios orçamentários ou financiamento de obras e serviços públicos. Para fins de sua apuração, é de se supor, então, a exclusão dos contratos administrativos referentes à compra de bens ou serviços, “em virtude de sua natureza, distinta da dos contratos de financiamento e do prazo para a quitação da obrigação financeira decorrente de sua execução...”⁶¹⁹.

Nesta linha, despesas geradas com a prestação de *serviços* estatais não concorrem, como regra, para o cômputo da dívida pública, pois se traduzem em despesas de custeio, não incorrendo em operações de *financiamento* de bens, aquisição de ativos etc. Neste sentido já assinalou VERA MONTEIRO. “Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Aspectos Fiscais desse novo Modelo de Contratação”, *In Parcerias Público-Privadas* (coord. CARLOS ARI SUNDFELD). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110 e 111.

⁶²⁰ Ver RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários...*, p. 435

patrimônio público a contingências futuras potencialmente lesivas, o que justifica a inscrição deste passivo na contabilidade da Administração. Esta justificativa decorre da presunção de que parte daqueles riscos se materializará futuramente, fazendo nascer o comprometimento das finanças públicas. Note-se, ademais, que, preservando da inscrição dos correspondentes passivos no balanço do ente público as contraprestações que espelhem apenas a execução dos *serviços*, a norma excetuou da obrigação de registro as concessões patrocinadas nas quais não exista contraprestação fixa devida de forma independente da utilização efetiva do serviço objeto da parceria, desde que o parceiro público não assuma parte relevante nem do risco de disponibilidade nem do risco de construção.

O critério, então, não me parece incompatível com o direito vigente. A dificuldade (prática, inclusive) em se definir de antemão os contornos contábeis dos compromissos financeiros assumidos em parcerias público-privadas, dada sua complexidade⁶²¹, conduziu o regulador a, operando uma *ficção* jurídica, acolher um critério informado pela assunção de riscos relevantes. A assunção de riscos relevantes pode ser considerada situação de efeitos equiparáveis ou reconduzíveis aos de obrigações financeiras de longo prazo – noção que está no cerne da definição legal de dívida pública fundada. A opção pela ficção decorre de um princípio de *praticabilidade*, que tem por função tornar simples a aplicação do direito, evitando-se “a investigação exaustiva do caso isolado, com o que se reduzem os custos na aplicação da lei”, assim como a dispensa da colheita de provas difíceis ou mesmo impossíveis”⁶²².

⁶²¹ As PPPs retratam configurações complexas, a depender do desenho econômico-financeiro dos arranjos concretos. Podem envolver execução de infra-estrutura associada a prestação de serviços e ao fornecimento de bens e equipamentos. A partir da disponibilização da infra-estrutura ou do serviço, a prestação de serviços será remunerada, mas nem sempre dimensionada por valores que traduzam a sua contraprestação, envolvendo, por vezes, o custo + lucro pela execução de obra previamente realizada (e reversível ao parceiro público, o que retrata aquisição de ativos). Além disso, as PPPs que funcionem na base de uma concessão patrocinada podem envolver contraprestações do parceiro público como pagamento por ativos adquiríveis ou adquiridos. Portanto: os compromissos financeiros podem assumir variados figurinos contábeis, a depender de sua destinação. Ademais, contratos desta espécie envolvem a possibilidade de assunção de riscos fiscais pelo parceiro público, situação potencialmente lesiva às finanças públicas, podendo gerar, ao tempo de sua assunção, efeitos (materiais) equivalentes ao do endividamento. Logo, a contabilização destes gastos não é singela e demanda o acolhimento de critérios objetivos para a definição dos casos concretos.

⁶²² SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. *Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, ps. 51 e 52.

No estudo das ficções, diz-se, como lembra SCHERKERKEWITZ com apoio em LEGAZ LACAMBRA, que o fenômeno opera-se quando (i) uma norma recolhe em seu texto uma realidade ou um dado pré-jurídico para submeter-lhe a determinados efeitos jurídicos; (ii) a norma violente nesse processo a natureza pré-jurídica daquela realidade; (iii) haja discrepância, pela via direta ou indireta, entre um conceito ou uma valoração pré-jurídica contida numa norma e uma realidade pré-jurídica⁶²³.

A veiculação do critério do risco à contabilização do gasto público em PPP não parece traduzir, como se nota, uma *ficção* típica ou própria, mas uma *imprópria*, de natureza *equiparadora*, pois a norma que o veicula apenas indiretamente assemelha a realidade pré-jurídica pressuposta (a situação de risco alocado ao parceiro público) a outra essencialmente diferente (a contração de dívida pelo Estado ou o comprometimento efetivo de finanças públicas) para aplicar-lhe o mesmo efeito jurídico (a mesma disciplina jurídica específica)⁶²⁴.

Pois essa ficção equiparadora foi operada pelo órgão regulador como técnica a disciplinar objetivamente os critérios definidores da contabilização dos gastos públicos em PPP. A edição da Portaria n. 614 vem preencher, assim, um espaço regulatório (e regulamentar) deixado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, completando-se a disciplina sobre o tema.

2.5.4 O Conteúdo Meramente Declaratório da Regra do art. 25 – Matéria

Reservada à Lei Complementar

No exame da norma do art. 25 da Lei n. 11079/2004, deve-se atentar para a sua qualidade de norma de “finança pública”, o que desafia, em princípio, pelo ângulo da constitucionalidade da via de instituição, sua validade. É indistigável que o campo temático recoberto pela regulação que veicula pertence à área das finanças do Estado. Pretende o dispositivo impor disciplina a propósito da *consolidação das contas públicas* em contratos de PPP, extravasando, neste particular, a competência

⁶²³ *Presunções...*, p. 39 e 40.

⁶²⁴ Relativamente à discrepância entre a valoração pré-jurídica contida numa norma e uma realidade pré-jurídica, comenta o autor que “a discrepância pode dar-se de forma direta (mediante a definição normativa de um conceito que violenta essencialmente a realidade pré-jurídica – caso das ficções típicas) ou por via indireta, quando a norma jurídica, sem dar um conceito próprio de uma realidade pré-jurídica, assemelha-a a outra essencialmente diferente em sua natureza pré-jurídica para aplicar-lhe a norma elaborada para aquela (ficção equiparadora ou impróprias)”. *Presunções...*, p. 40.

instituída à União pelo inciso XXVII do art. 22 para a edição de normas gerais sobre contratos administrativos. Avança em área circunscrita às finanças públicas e à disciplina da dívida pública, reservadas à *lei complementar* pelos incisos I e II do art. 163 da Constituição federal.

Como a Lei Geral de PPP consiste em lei ordinária, o dispositivo do art. 25 deveria, em princípio, ser tomado por inconstitucional por ofensa aos incisos I e II do art. 163 da Constituição federal.

Mas a sua dicção pode ser considerada de cunho exclusivamente *declaratório*, uma vez que veicula comando já prescrito pela Lei de Responsabilidade Fiscal – essa, de natureza complementar.

A Secretaria do Tesouro Nacional é órgão da Administração Pública federal competente para a edição de regulamentos em matéria de finança e dívida pública. É apto a veicular regulamentação, por exemplo, a propósito da Lei de Responsabilidade Fiscal. O desaparecimento do artigo 25 não importaria subtrair o substrato legal para que a regulamentação veiculada pela Portaria n. 614/2006 pudesse manter-se válida. A referibilidade legal deste regulamento acha-se na Lei de Responsabilidade Fiscal. O conteúdo do art. 25 não cria nenhuma condição originária fundante de competência regulamentar que já não pudesse ser extraída da Lei de Responsabilidade Fiscal – por força do § 3º do art. 50. Neste aspecto, o desaparecimento do art. 25 do ordenamento não desampara a Portaria n. 614/2006, que tem fixada sua raiz legal naquela Lei Complementar.

O raciocínio acima poderia ser reforçado pela invocação de uma hermenêutica corretiva da Portaria n. 614/2006, amparada no princípio da *interpretação conforme*. Lembro, aqui, apoiando-me nas palavras de LARENZ, que o requisito de interpretação conforme exige dar preferência, nos casos de mais de uma interpretação possível, “àquela interpretação em que a norma, medida pelos princípios constitucionais, possa ter subsistência”⁶²⁵. Socorrendo-se deste preceito, seria de admitir a manutenção daquela regra, uma vez que, no universo das interpretações possíveis ao caso concreto, concorre com a sua inconstitucionalidade por derivação da norma inconstitucional do art. 25, a sua constitucionalidade, por empresta a norma fundamento direto no § 3º do art. 50 da Lei de Responsabilidade

⁶²⁵ *Metodologia da Ciência do Direito*. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 416 e 410 a 414.

Fiscal (Lei Complementar), devendo-se o intérprete optar, então, pela sua preservação no seio do ordenamento.

2.5.5 Os Compromissos Financeiros do Parceiro Público Não se Constituem em Operações de Crédito

Ainda a propósito do controle fiscal das PPPs, no que diz com a natureza jurídico-contábil dos compromissos financeiros do parceiro público, um problema que surge refere-se à possibilidade de recondução do tipo da PPP ao de “operação de crédito”. Se assim for, os contratos de PPP se subordinarão ao tratamento jurídico da operação de crédito.

Assim como de procedeu a propósito do controle da dívida pública fundada, o Senado Federal, por força do prescrito no inciso VII do art. 52 da Constituição Federal, disciplinou os parâmetros às operações de crédito, a partir da edição da Resolução n. 43/2001, alterada pela Resolução nº 3, de 2002, pela Resolução nº 19, de 2003, e pela Resolução n.º 67, de 2005.

Tem-se por operação de crédito o compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros (inc. III do art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Examinando-se o conceito posto, a subsunção dos compromissos financeiros envolvidos numa PPP à categoria de operação de crédito dependeria de considerá-los como *aquisição financiada de bens*. Como as PPPs traduzem uma opção contratual cujos efeitos jurídicos podem envolver a implementação de infra-estrutura pública mediante pagamento diferido pela Administração, assim como a reversão de bens ao patrimônio público ao final do contrato, há quem possa tomá-la por operação assemelhada a uma aquisição financiada de bens.

Não me parece que seja assim. Retome-se, aqui, que as PPPs são contratos concessórios. Nesta qualidade, têm por objeto a prestação da gestão de serviços públicos (ou de serviços ao Estado) à Administração. No bojo destes contratos pode inserir-se a implementação de obras e infra-estrutura, o fornecimento de bens etc.

Mas serão estes, sempre, escopos acoplados à prestação de um *serviço* à Administração ou aos usuários. Se é verdade que pode existir, de um ponto de vista material, como decorrência da execução de PPPs, aquisição de bens pelo parceiro público, tal será tão-somente um efeito prático da aplicação do modelo de gestão das PPPs, que se organiza a partir da combinação de prestações distintas com vistas a atender certas necessidades da Administração. Lembre-se que sequer se admite a simples aquisição de bens pela via da PPP: há explícita vedação pela Lei n. 11079/2004 à hipótese de PPPs que tenham por objeto único a execução de obra ou o mero fornecimento de bens.

Até se pode dizer, então, que um dos efeitos secundários e práticos da aplicação do modelo das PPPs em certos casos seja mesmo a aquisição financiada de bens, sendo que a PPP também poderá revelar uma faceta acessória de *técnica de financiamento* de certos empreendimentos. Mas jamais será esta a vocação precípua do modelo. Fundamentalmente, a PPP é um tipo contratual associativo concebido para transferir a gestão de serviços aos privados. Não há operação financeira, como atividade-fim, em contrato de PPP.

Aliás e como dito, há proscrição quanto ao uso das PPPs para o mero financiamento de bens – o que, por si, já revela a improcedência da tese que pretenda reconduzi-la ao tipo da operação de crédito. Essa proscrição revela-se não só pela vedação expressa quanto a que PPPs tenham por objeto exclusivo a execução de obra ou o fornecimento de bens (e a terceirização de mão-de-obra), mas pela exigência de que os serviços que obrigatoriamente constarão de seu objeto constituam parcela relevante no conjunto dos escopos. Não se trata de então se mera prestação de serviços secundários, mas da *gestão* de serviços, onde se supõe a valorização econômica do contrato pela integração da própria habilidade e expertise do parceiro privado: um elemento importante na composição do preço do contrato de PPP está na habilidade de gestão do parceiro privado, encarregado de oferecer soluções gerenciais ao parceiro público. Por isso, estas concessões não podem confundir-se com contratos para a aquisição financiada de bens.

Portanto, os contratos de PPP não são hipóteses subsumíveis ao tipo das operações de crédito.

2.5.6 Os Compromissos Financeiros Como Despesas Continuadas

É relevante examinar se as despesas geradas à conta de compromissos financeiros do parceiro público em contratos de PPP têm o caráter de despesas continuadas. Muito embora a Lei Geral de PPP tenha imposto generalizadamente o *controle de fluxo* às despesas públicas geradas em projetos de PPP, inutilizando sob esse ângulo a verificabilidade da natureza daquelas despesas como de caráter continuado ou não (hipótese que atrairia a técnica da compensação financeira retratada prescrita pelo § 2º do art. 17 da LRF), a utilidade no exame do tema remanesce pelas exigências inscritas nas normas federais (e não nacionais) dos artigos 22 e 28 da Lei n. 11079/2004.

No objetivo de enfrentar o tema, exponha-se, antes, a definição que o legislador complementar atribuiu à categoria das despesas obrigatórias de caráter continuado. Trata-se da *despesa corrente* derivada de *lei*, *medida provisória* ou *ato administrativo normativo* que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios (art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Como se tira da definição, do ponto de vista da natureza da despesa, as despesas obrigatórias de caráter continuado restringem-se às *despesas correntes*. Ou seja: serão despesas equivalentes às despesas de custeio e às transferências correntes, distintas das *despesas de capital*, que, por sua vez, envolvem inversões financeiras, transferências de capital e investimentos, classificando-se como tais as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à sua realização.

Portanto, as despesas de caráter continuado, por serem despesas correntes, não se destinarão à execução de bens e à implementação de infra-estrutura; resumem-se às despesas ordinárias do funcionamento da Administração (podendo envolver despesas geradas para a manutenção de bens, obras de conservação e adaptação de bens imóveis).

Serão, ademais, para que sejam de *obrigatórias* de caráter continuado, despesas derivadas de *lei*, *medida provisória* ou *ato administrativo normativo*. A fixação deste requisito gera uma certa dificuldade de interpretação, uma vez que, sob certo ângulo, todas as despesas públicas exigem prévia autorização legislativa e são, de certa forma, derivadas de lei ou ato administrativo normativo. Uma leitura

restritiva da letra daquela definição poderia sugerir que só seriam assim qualificáveis despesas derivadas *diretamente* de lei, na acepção de serem despesas cuja *obrigação* de sua execução decorreria da lei. Interpretação desta natureza, contudo e como apontam PORTUGAL RIBEIRO e NAVARRO PRADO, excluiria do âmbito do tratamento jurídico das despesas de caráter continuado diversas despesas que requerem atos e contratos etc para sua efetiva realização, as quais vêm sendo consideradas pelas LDOs – Leis de Diretrizes Orçamentárias dos últimos anos como despesas de caráter continuado⁶²⁶. A tendência, então, que vem sendo revelada na prática nacional tem sido a de remeter a solução do impasse à LDO; serão qualificadas como despesas obrigatórias de caráter continuado aquelas despesas que, derivadas de lei, medida provisória ou *ato administrativo normativo* que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios, forem assim definidas pela LDO.

Já pelo exposto, revela-se problemático o enfrentamento do tema a propósito das PPPs. A ausência de definições precisas e objetivas pelo direito acerca da categoria de “despesa obrigatória de caráter continuado” dificulta o enfrentamento da questão. De todo o modo, é indiciária a existência (como regra) deste tipo de despesa pública em contratos de PPP, o que se supõe pela prescrição do artigo 22 da Lei n. 11079/2004. O dispositivo prescreve controle financeiro sobre despesas obrigatórias de caráter continuado geradas em contratos de PPP. A ausência de sentido em presumir supérfluas ou equívocas as palavras da lei pode conduzir ao reconhecimento de indício pela ocorrência de despesas obrigatórias de caráter continuado em contratos de parceria público-privada.

De todo o modo, é relevante ressaltar que, inclusive para efeito do referido controle financeiro, despesas obrigatórias de caráter continuado não abrangem as despesas de capital, limitando-se às despesas correntes. Assim, no bojo da complexidade dos ajustes de PPP (que decorre de um largo espaço de estipulação deixado pela moldura de seu tipo), será preciso segregar despesas correntes e despesas de capital, reservando-se àquelas – cuja execução se protrairá pelo longo prazo da execução do contrato – a incidência dos limites dos artigos 22 e 28 da Lei n. 11079/2004. O exame mais específico a propósito da diferenciação jurídico-contábil entre despesas correntes e despesas de capital será exposto abaixo.

⁶²⁶ *Comentários...*, p. 419.

2.5.7 A Classificação da Despesa Pública Gerada em uma PPP Como Despesa Corrente ou Despesa de Capital e sua Impertinência para o Controle sobre o Estoque da Dívida

Não seria supérfluo abordar outro tema que recorrentemente é lembrado a propósito dos controles fiscais e orçamentários em matéria de contratos administrativos: a classificação das despesas decorrentes como *despesa corrente ou despesa de capital*. Observa-se, neste particular, que nada dispôs a normativa acerca de sua natureza⁶²⁷. Esta dúvida pode estar associada à própria contabilização dos gastos públicos para fins do controle de estoque de dívida, numa interpretação que desafiaria os critérios objetivos elegidos pela Portaria STN n. 614/2004. Trata-se de apontar uma associação historicamente cultuada entre *despesa corrente e não-endividamento* e *despesa de capital e endividamento*. Isto é: usa-se defender que as despesas correntes não são aptas a gerar endividamento, o que se produz pelas despesas de capital⁶²⁸. Sob este raciocínio, a caracterização jurídica dos gastos em PPP como despesas correntes ou despesas de capital poderia conduzir a considerá-los ou não para fins de endividamento, encerrando-se uma solução *relativizante* ou mesmo *sepultadora* dos critérios fornecidos pela Portaria STN n. 614/2002.

Esta exegese parece derivar de um raciocínio calcado fundamentalmente na *regra de ouro* inscrita no inciso III do art. 167 da CF, segundo a qual o limite para as operações de crédito consiste no montante previsto para a realização de despesas de capital. O que se pretende com a regra é que as despesas de custeio e manutenção – em condições de equilíbrio orçamentário – sejam financiadas sempre com a receita corrente e não determinem a celebração de operações de crédito (no

⁶²⁷ Nos termos do art. 12 da Lei n. 4320/64, as despesas públicas dividem-se em *despesas correntes* – que envolvem despesas de custeio, transferências correntes – e *despesas de capital* – que envolvem investimentos, inversões financeiras e transferências de capital.

⁶²⁸ Lembra-se, com ALIOMAR BALEEIRO, que (ainda ao tempo de uma classificação entre despesas ordinárias e extraordinárias) “muitos atribuíram fundamental importância a esta classificação e dela procuravam fundamentar a regra para julgamento do *deficit* orçamentário. Este seria grave se fosse suscitado por despesas ordinárias, mas seria justificável quando provocado por despesas extraordinárias. Houve também quem quisesse extrair dessa classificação um cânon de política financeira: as despesas extraordinárias poderiam ser custeadas por empréstimos, ao passo que as ordinárias deveriam ser cobertas exclusivamente por tributos”. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 16ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 100.

sentido do conceito enunciado pela LRF), “sob pena de estar-se operando em estratégia de administração de orçamento pelo déficit, retornando ao modelo *keynesiano*, tido hoje por superado”⁶²⁹. A pretensão de financiamento de despesas de capital com receita corrente líquida (mantida a máxima de equilíbrio fiscal) - anota VANICE LÍRIO DO VALLE -, “implicará no mais das vezes uma significativa desaceleração do próprio projeto de investimento – a construção de uma ponte, por exemplo, terá que se “calibrada” no tempo com o prognóstico do ingresso em condições normais, da receita pública – ou, ainda, em uma compressão de outras despesas ordinárias que o poder público mantém, de molde a gerar “folga de caixa” que permita o financiamento dessa nova iniciativa (...)”⁶³⁰.

Mas, rigorosamente, não é possível extrair desta regra *vedação* a que despesas correntes sejam financiadas mediante operações de crédito e, com isso, sejam computadas para fins do controle de estoque de dívida. Da dicção literal do texto constitucional tira-se apenas vedação à realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital (ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta).

Logo, não se mostra inviável que despesas de custeio sejam financiadas por operações de crédito (destinadas primordialmente ao financiamento de despesas de capital). Aliás e quanto a isso, pode-se lembrar o ditado dos especialistas, quando dizem que o *investimento-capital* de hoje é o *custeio* de amanhã. Obras em infraestrutura são potenciais geradoras de despesas (futuras) de custeio. A construção, por exemplo, de uma rodovia é hoje despesa de capital. Mas ensejará, depois de pronta, despesas de iluminação pública, de limpeza pública, entre outras despesas de custeio. Surge, neste contexto e face a esta problemática, uma preocupação fundamental em determinar a extensão das despesas sujeitas às operações de crédito: “se a cogitação principal da instituição de mecanismos especiais de controle das operações de crédito é a instrumentalização de um controle de médio e longo prazo e, portanto, a institucionalização de uma visão de planejamento que tenha em conta riscos fiscais, não seria também de se considerar esse incremento – inevitável

⁶²⁹ VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias Público-Privadas...*, p. 147.

⁶³⁰ *Parcerias Público-Privadas...*, p. 147.

– de custeio, que decorre da despesa de capital que no momento se viabiliza com a realização da operação de crédito?”⁶³¹.

O que se quer evidenciar, com o exposto, é a ausência de vinculação absoluta e exclusiva entre despesa de capital e endividamento e despesa de custeio e não-endividamento. Não há nada que desautorize o raciocínio de que despesas de custeio possam traduzir endividamento; assim como que despesas de capital possam estar livres desse controle.

Desfeita a associação, emerge a impertinência da classificação dos compromissos financeiros assumidos pelo parceiro público em despesas de capital ou despesas de custeio para fins de determinar o seu enquadramento como *dívida pública* (e, assim, considerá-lo para o cômputo do endividamento). No dizer de MAURÍCIO PORTUGAL RIBERIO e LUCAS NAVARRO PRADO, “o fato de a contraprestação pública para um determinado projeto ter sido classificada orçamentariamente como despesa corrente ou de capital (...) é absolutamente indiferente do ponto de vista do tratamento fiscal das PPPs”⁶³².

Nada obstante, remanesce utilidade na busca por uma adequada classificação contábil-orçamentária destas despesas, uma vez que tal importa a delimitação de regimes inconfundíveis para outros fins.

Retome-se, nesse passo, que a Portaria STN n. 614/2004 nada dispôs acerca do problema. É certo que estas noções são extraíveis do direito positivo, razão pela qual o enquadramento da hipótese aos conceitos fornecidos pelo direito positivo no plano de um exercício interpretativo dispensaria, em princípio, a missão em conceber critérios auxiliares à tipificação daquelas hipóteses. Contudo, a PPP encerra uma configuração econômico-financeira peculiar, marcada pela complexidade (conjugação de objetos), e que desafia os modelos convencionais de contabilização do gasto público. A contribuição pecuniária do poder público numa concessão patrocinada (precedida da execução de obra), por exemplo, pode ser considerada tanto despesa destinadas a gastos correntes como endereçadas à implementação da infra-estrutura (despesas de capital), a depender do enfoque que se dê à configuração financeira da concessão. Logo e por isso, a explicitação normativa de critérios objetivos à caracterização jurídico-contábil destes gastos seria

⁶³¹ *Parcerias Público-Privadas...*, p. 148-149.

⁶³² *Comentários...*, p. 410.

bem-vinda, fortalecendo a certeza e a segurança jurídica adequadas ao tratamento do problema.

Mas o fato é que, como referido, nada dispôs a Portaria STN n. 614/2004 sobre isso, assim como não se extrai de nenhuma outra norma legal ou infra-legal o tratamento mais específico do problema. Caberá, então, ao aplicador da lei, com o auxílio dos princípios gerais da contabilidade pública e do direito financeiro, a interpretação da questão em face dos casos concretos.

Veja-se que, nos termos da Lei n. 4320/64, *despesas correntes* englobam as despesas de custeio e transferências correntes (art. 12). As primeiras correspondem às dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis. As segundas significam as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado. Já as *despesas de capital*, segundo o mesmo art. 12, envolvem os investimentos, as inversões financeiras e as transferências de capital. Classificam-se como investimentos, entre outras, as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à sua realização.

Com esboço nestas noções, o esquema contábil da PPP deve ser pensado a partir das peculiaridades da concessão patrocinada e da concessão administrativa. Para esta, a depender da configuração financeira que assuma no caso concreto, a segregação entre despesa corrente e despesa de capital pode ser destituída de complexidade. Figure-se a hipótese de uma concessão administrativa para a realização de obra + prestação de serviços integralmente custeada com pagamento pecuniário pela Administração. Neste caso, parece simples alcançar certa precisão no cômputo de despesas de custeio (como pagamento pelos serviços executados) e de despesas de capital (como pagamento pela execução de infra-estrutura). Mas a integração de outras fontes de custeio alternativas aos pagamentos providos diretamente pelo parceiro público (como receitas advindas de empreendimentos associados) pode dificultar a classificação das despesas segundo sua origem e destinação. Com as concessões patrocinadas, na medida em que envolvem sempre tarifas pagas pelos usuários + contraprestação pecuniária do parceiro público

(podendo custear-se também por outras fontes financeiras), a fixação da natureza das despesas pode ser igualmente complexa, devendo-se buscar em cada caso concreto as soluções contábeis mais adequadas.

2.5.8 A Prescrição do Artigo 22 da Lei n. 11079/2004

Ainda a propósito da disciplina financeira dos gastos públicos em contratos de PPP, merece enfrentamento a norma do artigo 22, que proscribe a contratação de PPP pela União quando a soma das *despesas de caráter continuado* derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da *receita corrente líquida* do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. A regra (que veste o figurino de *norma federal*) sobrepõe-se ao quadro regulatório acerca das limitações fiscais incidentes em PPP. Trata-se de disciplina relevante para a manutenção da saúde fiscal dos entes administrativos aptos à celebração de parcerias público-privadas.

O conceito de despesa de caráter continuado já foi pontuado acima. Renova-se, aqui, a ponderação acerca da dificuldade em se delimitar, na esfera da PPP, o montante das despesas de caráter continuado. A complexidade do modelo e a pluralidade de configurações econômico-financeiras que pode assumir nos casos concretos dificultam a análise em abstrato do problema. Trata-se de uma categorização só possível em face da configuração da parceria nos casos concretos. Mas mesmo *in concreto* não será simples essa investigação, como referido acima. Seria conveniente, então, que norma regulamentar dispusesse acerca dos critérios hábeis a delimitar a parcela das despesas correntes de caráter continuado implicadas em programas de parceria público-privada.

De acordo com a regra do art. 22, planta-se uma condição de viabilidade jurídico-financeira à contratação de PPPs pela União, estabelecida em face de uma relação entre o montante de despesas de caráter continuado resultante do conjunto de parcerias já contratadas pela União e um valor-percentual incidente sobre a *receita corrente líquida do exercício* anterior. O valor referente à receita corrente líquida será alcançado de acordo com as normas da Lei n. 4320/64 (art. 13) e a regulamentação aplicável.

A norma prescreve ainda que as despesas (de carácter continuado) anuais dos contratos vigentes de PPP não poderão exceder, nos dez anos subseqüentes, a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. A parametrização imposta deve socorrer-se de exames prospectivos; busca-se evitar o deslocamento da inscrição de despesas para o futuro como meio de contornar os limites impostos ao exercício atual. Estabelecem-se, assim, limites aos dez anos subseqüentes, de molde a constranger o dimensionamento de despesas referenciadas pelo valor da receita corrente líquida para cada exercício futuro.

De um ponto de vista da natureza da matéria regulada, esta norma pode suscitar tese acerca de sua inconstitucionalidade, supondo-se usurpação pelo legislador ordinário da competência constitucionalmente reservada à lei complementar.

2.5.10 A Constitucionalidade do art. 22 – Matéria Não Reservada ao Legislador Complementar

Um aspecto que poderia ser aludido quanto à validade jurídica da regra do art. 22, inscrita em lei ordinária, reside na usurpação de competência do legislador complementar para sua veiculação. A tese ampara-se no inciso I do art. 163 da Constituição: supõe-se que a disciplina veiculada pela regra versa sobre *finança pública*, o que retira do legislador ordinário a competência para sua edição. Lembra-se, aqui, que intensos debates políticos, ainda durante a gestação da Lei Geral de PPP, motivaram a inclusão no seu bojo de regras, por assim dizer, *financeiras*, destinadas a preservar o comprometimento das finanças estatais em programas de PPP⁶³³.

A tese, contudo, não me parece correta. O art. 22 não veicula regulação sobre *finança pública*, mas sobre contrato de parceria público-privada. Tal como estruturado, revela um comando normativo dirigido a condicionar a assinatura de

⁶³³ Lembre-se o testemunho de Portugal Ribeiro e Navarro Prado, quando assinalam que “ao longo da tramitação do projeto de lei que deu origem à Lei de PPP, quando poucos entre nós tínhamos compreensão do assunto, alardeou-se, indevidamente, que o projeto de lei estaria a estimular o descumprimento das regras de responsabilidade fiscal. Feito o alarde, a arena política encarregou-se de tomar necessário que a própria Lei de PPP veiculasse os mecanismos a assegurar o cumprimento pelas PPPs de regras de responsabilidade fiscal. (...) foi nesse diapasão que surgiram os arts. 22 e 28 da Lei de PPP...”. *Comentários...*, p. 397.

ajustes de PPP, não se prestando à disciplina da finança pública. Como as PPPs são ajustes que podem ensejar o comprometimento de recursos públicos, impactando as finanças públicas, a norma erigiu um pressuposto condicionante à celebração de contratos desta natureza, consistente no atendimento de certa parametrização financeira – alusiva à finança pública. Isso explica a preocupação em exigir o atendimento a certos requisitos financeiros para sua realização. Mas se trata apenas de um *pressuposto* à celebração de parceria público-privada. Regula-se com a regra a viabilidade jurídica em se desencadear um programa de PPP e não propriamente as finanças públicas.

É certo que, reflexamente, a regra acaba por alcançar o ajustamento de condutas relacionadas às finanças da União. Todavia, o cumprimento de certos parâmetros financeiros é mero pressuposto à viabilidade da realização de PPP e não um comando normativo endereçado à Administração. Deve-se lembrar, quanto a isso, que a exigência ao atendimento de requisitos relacionados às finanças públicas é pressuposto de outras regras aplicáveis aos contratos administrativos em geral veiculadas em lei ordinária. É o que ocorre com a norma dos incisos III e IV do § 2º do art. 7º da Lei n. 8666/93, assim como com a norma do art. 57 da mesma Lei. Nem por isso, ousou-se ver inconstitucionalidades nestas regras, nitidamente reguladoras de temas implicados com a disciplina contratual.

Por isso, não vejo na regra do art. 22 da Lei n. 11079/2004 inconstitucionalidade por usurpação da competência do legislador complementar.

2.5.10 Prescrição do Artigo 28 Lei n. 11079/2004: Inconstitucionalidade por Invasão à Competência do Legislador Complementar

Já o artigo 28 da Lei n. 11079/2004 veicula, ainda na parte especial da Lei n. 11079/2004, óbice à concessão pela União de garantia e de realização de transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subseqüentes excederem a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Ao impor vedação à realização de transferências e à concessão de garantias da União aos demais entes federados desde que estes extrapolem certos níveis de comprometimento de finanças públicas em programas de PPP (calculado em razão de uma proporção entre despesas de caráter continuado geradas pelos contratos e a receita corrente líquida do ente), busca a lei federal condicionar reflexamente o comportamento fiscal destes entes em matéria de parcerias público-privada, inibindo a expansão das despesas de caráter continuado relacionadas. Apesar disso, a norma tem caráter *federal* (não sendo obviamente uma norma nacional) e é dirigida à União, ainda que repercuta reflexamente na esfera de outros entes federados.

Uma arguição que poderia ser articulada, neste particular, diz com uma suposta invasão da disciplina federal à esfera de outros entes, uma vez que a norma produz efeitos colateralmente condicionantes de outras esferas federadas. Mas é de se observar que a sanção da regra é dirigida exclusivamente à União; caberá à União deixar de proceder a transferências voluntárias e de conceder garantias aos demais entes se verificar que estes não se ajustaram aos requisitos fixados na lei. Por isso, ainda que os efeitos do comando da regra (endereço exclusivamente à União) possam atingir reflexamente as outras esferas federadas, as atingirá unicamente no que diz com seu relacionamento com a União⁶³⁴.

Ademais disso, apesar desta ser uma norma especial ou federal – e não *geral* –, fato é que a União detém competência para a edição de normas gerais tanto em matéria de *contratos administrativos* como em matéria de *finanças públicas*. Como a regulação veiculada pela regra, em tese, recobre matéria reconduzível à noção jurídica de norma geral, estaria afastada a suposição de infração ao pacto federativo ante o reconhecimento de que a União poderia, *in casu*, o mais: revestir-se de figurino jurídico de norma geral, vinculante daí de todos os entes federados.

O problema que se verifica em razão do objeto de sua regulação é outro. A disciplina veiculada, como me parece, subsume-se ao conceito de finança pública, tal como fixado pelo inciso I do art. 163 da Constituição Federal. Revela, por isso, a norma, fixada no conteúdo de lei ordinária, usurpação de competência reservada ao legislador complementar. Ao se proscrever a realização de transferência voluntária e a realização de garantia, está-se regulando uma temática pertinente ao campo das

⁶³⁴ Assim já afirmou PEREIRA, César Guimarães. “O Processo Licitatório das Parcerias Público-Privadas na Lei n. 11079/2004”, *In Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: RT, p. 222.

finanças públicas, próprio de lei complementar. A regulação quanto ao estabelecimento de condições para a realização de transferências e concessões de garantias revela um comando regulador de finanças estatais, subsumindo-se o campo regulado recoberto pela dicção da regra à hipótese normativa prevista no inciso I do art. 163 da Constituição. Logo, não há dúvida acerca da inconstitucionalidade do dispositivo. Em sentido próximo, já afirmou VERA MONTEIRO⁶³⁵.

É bem verdade que, no campo da hermenêutica quanto à recondução de matérias específicas às classes genérica e abstratamente previstas pelo texto constitucional para se definir a reserva de competência do legislador complementar, o intérprete não pode olvidar da presunção de constitucionalidade da lei. Fosse o caso aqui de uma situação regulada de duvidosa subsunção a uma das categorias abstratamente prevista no texto constitucional, a palavra do legislador ordinário haveria de prevalecer em detrimento daquela dos intérpretes em geral, da jurisprudência, da doutrina etc. Concorro, aqui, quanto ao acolhimento da presunção da constitucionalidade da lei. Contudo, a considerarem os espaços de indeterminação próprios de certos conceitos jurídicos (e o conceito de “finança pública” não foge a esta regra), a hipótese me parece situar-se num espaço de certeza positiva, eliminada qualquer dúvida acerca de sua subsunção. Não é duvidoso, então e como vejo, que a regulação do art. 28 subsume-se à hipótese normativa da regra constitucional do inciso I do art. 163 da Constituição; por isso, é certa a sua inconstitucionalidade por invasão à competência reservada ao legislador complementar.

2.5.12 Necessidade de Autorização Legislativa Específica para as Concessões

Patrocinadas em que Mais de 70% da Remuneração do Parceiro Privado For Paga pela Administração Pública

Outro ponto que se relaciona com o controle fiscal das PPPs está na exigência de lei específica autorizativa de concessões patrocinadas cuja contraprestação do parceiro público seja de tal dimensão que ultrapasse 70% da

⁶³⁵ “Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Aspectos Fiscais desse novo Modelo de Contratação”, *In Parcerias Público-Privadas* (coord. CARLOS ARI SUNDFELD). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107.

remuneração do parceiro privado. A exigência vem prescrita pelo § 3º do art. 10º da Lei n. 11079/2004. A função da regra é evidente: consiste em preservar as finanças públicas, restringindo a discricionariedade administrativa quanto ao comprometimento de recursos e bens em patamares expressivos e por prazo alongado. A exigência de lei prévia limita a autonomia administrativa e assegura a co-responsabilidade do Poder Legislativo (impondo a chancela popular) acerca de decisão que autorize a participação econômica do Estado em compromisso desta magnitude.

Deve-se lembrar que a Constituição impõe (art. 175) a precedência de lei à delegação do serviço público⁶³⁶. Trata-se de lei a ser editada pelo ente federado que titulariza o serviço público. Nesta órbita, será disciplinada, inclusive, a extensão da autorização legislativa precedente à delegação, se genérica ou específica (caso a caso). Como a concessão patrocinada tem por objeto a delegação de um serviço público, com objeto equiparável à concessão comum de serviço público, sendo, inclusive, um modelo concessório, a ela se aplica a exigência constitucional de lei autorizativa. A maioria das pessoas políticas já deve, inclusive, possuir, disciplina a propósito da questão. Nos casos, então, em que se exige autorização legislativa específica caso a caso à delegação do serviço público, não apenas as concessões patrocinadas em que a contraprestação do parceiro público abarque mais de 70% da remuneração parceiro privado estarão submetidas à exigência, mas as concessões patrocinadas, de um modo geral, qualquer que seja a dimensão da participação do parceiro público. Nestas hipóteses, a prescrição do § 3.º do art. 10.º da Lei n. 11079/2004 revelará a função apenas de exigir-se que lei prévia à delegação seja explícita em referir à dimensão econômica da participação do parceiro público, autorizando-a quando esta ultrapassar o limite imposto pela norma. Mas, ainda nestes casos, a prescrição da Lei Geral de PPP ganhará sentido a propósito da hipótese de conversão de concessão comum em concessão patrocinada. Rigorosamente, a precedência à concessão comum de lei específica, em atendimento ao disposto no art. 175 da CF e ao art. 2º da Lei 9074/95, dispensaria a repetição de ato legislativo autorizativo por ocasião da sua transformação em concessão patrocinada. Descaberia renovar a autorização se a delegação do serviço

⁶³⁶ O art. 2º da Lei n. 9074/95 também a exige, ainda que, pretendendo-se norma geral, importe em invasão da autonomia política dos entes federados.

público já fora autorizada a propósito de sua gestação originária. Se verificar-se, entretanto e supervenientemente, a integração da participação econômica do Poder Concedente (operando-se verdadeira conversão de concessão comum de serviço público em concessão patrocinada) que importe na superação daquele limite fixado pela norma do § 3º do art. 10º da Lei n. 11079/2004, a exigência de nova lei autorizativa se impõe. Ganha relevo na hipótese a prescrição do § 3.º do art. 10.º da Lei n. 11079/2004.

2.5.13 A Exigência do § 3º do art. 10º da Lei n. 11079/2004 é Extensível às Concessões Administrativas?

Uma questão controversa refere-se à aplicabilidade do § 3º do art. 10º da Lei n. 11079/2004 às concessões administrativas. Tal como disposto literalmente pela norma, a exigência de lei autorizativa impõe-se às concessões patrocinadas; não há referência à aplicabilidade desta exigência às concessões administrativas.

A despeito da interpretação meramente gramatical conduzir desde logo a recusar a aplicação da regra à concessão administrativa, uma leitura teleológica pode dar ensejo a conclusão distinta. Recorde-se que o bem protegido pela regra do § 3º do art. 10º reside justamente na preservação das finanças públicas, restringindo-se a autonomia da Administração no que refere ao comprometimento de recursos do Estado para além de certos níveis. Neste prisma, as concessões administrativas podem traduzir uma maior exposição do patrimônio público comparativamente às concessões patrocinadas: enquanto na concessão administrativa a Administração é responsável pelo pagamento da totalidade do preço do contrato, na concessão patrocinada a contraprestação pública traduz uma via de financiamento parcial do custeio do contrato, integrada na receita tarifária (e eventualmente a fontes de outra natureza). Logo e como regra, a concessão administrativa importará num comprometimento maior de recursos públicos do que a concessão patrocinada.

Contudo, a Lei Geral de PPP previu expressamente a exigência de lei autorizativa unicamente às hipóteses de concessões patrocinadas cuja contraprestação do parceiro público seja de tal dimensão que ultrapasse 70% da remuneração do parceiro privado, livrando a concessão administrativa da exigência.

A prevalecer a letra da norma, programas de PPP que signifiquem uma participação apenas parcial do Poder Público na remuneração do parceiro privado (em níveis que ultrapassem os 70% de sua remuneração) terão um tratamento mais restritivo de um ponto de vista fiscal e jurídico comparativamente aos casos de remuneração integralmente provida pelo parceiro público. Carece de justificativa sistêmica, então e em princípio, a solução contemplada pela disposição literal da norma do § 3º do art. 10º.

A indagação que se põe, neste particular, é se esta aparente incoerência da lei pode dar ensejo a técnicas hermenêuticas corretivas, orientadas pela teleologia da norma e por uma leitura sistemática do ordenamento, que, fundando-se na superação de uma *antinomia valorativa* entre as regras do art. 10, § 3º, e a do art. 2º, § 2º e a partir de uma interpretação ampliativa⁶³⁷ da exigência de lei autorizativa, promova a extensão da exigência às concessões administrativas.

A resposta não é simples e deve ser matizada.

Deve-se olhar antes para a materialidade das hipóteses da concessão patrocinada e da concessão administrativa, investigando-se sua equivalência para fins de receber o comando da regra do § 3º do art. 10, o que poderia, a pretexto de superar uma contradição valorativa com a regra do § 2º do art. 2º, autorizar a interpretação extensiva da regra.

Note-se, neste particular, que, abstraindo-se o problema do sistema remuneratório, a concessão administrativa não envolve precisamente as mesmas hipóteses fáticas que a concessão patrocinada. *Como regra*, a concessão administrativa terá por objeto a execução de serviços (públicos ou não) não tarifáveis. Serão atividades que, por razões de natureza técnica ou jurídica, não podem se submeter ao modelo tarifário. Excepcionalmente, porém, a concessão administrativa poderá prestar-se a instrumentar serviços públicos (econômicos) tarifáveis, a partir de uma decisão política do Estado. Neste caso, ter-se-á um modelo cujo objeto é em tudo parecido com a formação de uma concessão comum ou patrocinada, com a diferença de que a fonte pagadora das tarifas (ou do nível de utilização da infra-estrutura) será o Estado.

⁶³⁷ Neste sentido é a cogitação de CÉSAR GUIMARÃES PEREIRA. "O Processo Licitatório das Parcerias Público-Privadas", *In Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 220.

Portanto e pelo prisma da equiparação entre as hipóteses da concessão patrocinada e da concessão administrativa, pode-se afirmar que haverá identidade de objeto unicamente entre a concessão patrocinada e a concessão administrativa de serviços públicos econômicos e tarifáveis. Estas são atividades que podem ser objeto de delegação pela via concessória, pois constituem serviços econômicos divisíveis em unidades tarifáveis. Já as demais atividades que podem ser objeto da concessão administrativa, ou serão atividades tomadas diretamente pela Administração (hipótese em que não se verifica a *delegação* de serviços) ou serão serviços públicos que, por força jurídica, não podem ser tarifados (de prestação gratuita pelo Estado).

Parece, então, que não se há de cogitar de uma leitura extensiva da regra do § 3º do art. 10 a alcançar a concessão administrativa numa formatação que suponha atividades que não sejam reconduzíveis à noção de serviço público tarifável. Isso porque a dessemelhança entre seus objetos desautoriza a interpretação ampliativa daquela regra em prejuízo de sua dicção literal (que a restringe à concessão patrocinada), uma vez que não é (a dessemelhança) indiferente aos fins da regra do § 3º do art. 10.

Com efeito, a finalidade que encobre a regra do § 3º do art. 10 está em exigir a chancela popular específica quanto ao comprometimento de recursos públicos para além de certo nível como subsídio integrado no *modelo concessório tarifável*. Não se trata apenas de impor restrição ao comprometimento das finanças do Estado em programas de PPP. Este desiderato já é cumprido por outras regras inscritas na Lei Geral de PPP e em outros diplomas aplicáveis às finanças do Estado. O fim da regra do § 3º do art. 10 tem âmbito mais específico e parece se relacionar com o desincentivo ao uso do modelo concessório subsidiado. Ao restringir a exigência à concessão patrocinada, a regra pretendeu circunscrevê-la aos casos em que haja um serviço público com aptidão a receber a aplicação do sistema tarifário, em que se põe a possibilidade (fática e jurídica) quanto ao deslocamento do ônus do custeio ao universo dos usuários. Se assim for, a Administração deverá, tanto quanto possível, optar por formatações que prescindam dos subsídios estatais, deslocando o ônus do custeio (até certos níveis calibrados pela modicidade tarifária) para o universo dos usuários. A regra funciona como um estímulo negativo, para que as Administrações evitem configurações do modelo

concessório de serviços públicos tarifáveis que exijam subsídios públicos para além de certo nível.

A hipótese fática pressuposta pela regra parece, então, não se confundir com os casos de concessão administrativa em que há serviços ou atividades inconciliáveis com o sistema tarifário. Nestes casos, o sistema de remuneração (sob o aspecto da identidade da fonte pagadora) funciona como qualquer *contrato administrativo de desembolso*. Não há a possibilidade de deslocar o ônus de seu custeio aos usuários. Ao Estado caberá, sempre, por um ou outro instrumento, o financiamento destas atividades. Por isso, estão, como vejo, fora do âmbito das hipóteses que poderiam merecer, por equiparação hermenêutica, a interpretação extensiva da regra do § 3º do art. 10.

Já para as concessões administrativas de serviços públicos econômicos (numa formatação que pode ser reconduzida ao modelo de *shadow toll*), a conclusão deve ser distinta. Não haverá, aqui, diferença entre as hipóteses da concessão patrocinada e da concessão administrativa que justifique a imposição da exigência de lei prévia unicamente às concessões patrocinadas. A equivalência (pelo ângulo material) das hipóteses planta uma contradição no tratamento jurídico desalinhado veiculado pela Lei Geral de PPP. Cabe ao intérprete se socorrer, neste mister, buscando-se a correção hermenêutica, de critérios de interpretação teleológico-objetivos. Evitar-se a contradição de valoração, na hipótese, significa estender a exigência de lei prévia aos casos de concessão administrativa. No dizer de KARL LARENZ, “a diferente valoração de previsões valorativamente análogas aparece como uma contradição de valoração, que não é compaginável com a idéia de justiça, no sentido de “igual medida”. Evitar tais contradições de valoração é, portanto, uma exigência tanto para o legislador como para o intérprete. Para este significa que há-de interpretar as proposições jurídicas nos quadros do seu sentido literal possível e do contexto significativo, de modo a evitar, na medida do possível, contradições de valoração”⁶³⁸. A superação destas contradições valorativas exigem, no caso concreto, a invocação de um *princípio de igualdade de tratamento* daquilo

⁶³⁸ *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 404.

que é (segundo as valorações gerais do ordenamento jurídico) igual (ou de sentido idêntico)⁶³⁹.

Poderia contrapor-se, à viabilidade da interpretação extensiva da regra do § 3º do art. 10 às concessões administrativas versantes sobre serviços públicos econômicos, o óbice da exigência de interpretação restritiva, supondo-se configurar aquela norma uma *regra de exceção*. Isto é: considerada a regra do § 3º do art. 10º como regra de exceção relativamente à regra geral que autoriza a celebração de contratos de parceria sem a precedência de lei autorizativa, a interpretação ampliativa estaria obstada pela exigência de uma hermenêutica restritiva à hipótese.⁶⁴⁰

Essa objeção parece-me improcedente.

É que a norma objeto não se trata mesmo de uma norma de *exceção*. A exigência é prevista como aplicável à *concessão patrocinada*, uma de duas modalidades de parceria público-privada. Trata-se, assim, de um requisito imposto a uma entre duas espécies de PPP. Assim, considerada a diferença de tratamento jurídico, tanto se pode afirmar que há exceção da regra de disciplina da concessão patrocinada relativamente à concessão administrativa, como desta em relação àquela. Na palavra de OLIVEIRA ASCENSÃO, “a exceção é necessariamente de âmbito mais restrito que a regra, e contraria a valoração ínsita nesta, para prosseguir finalidades particulares”⁶⁴¹. Não é o que se verifica com a regra do § 3º do art. 10º relativamente à regra que autoriza a celebração de contratos de concessão administrativa sem a precedência de lei autorizativa. Cada uma destas regras projeta-se sobre uma modalidade de parceria, de modo que não é lícito reconhecer hipótese de exceção em qualquer um dos casos.

Não fosse por isso, e a reconhecer mesmo a existência de uma norma de exceção na regra do art. 10, § 3º, ainda assim não seria viável agasalhar a

⁶³⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 404.

⁶⁴⁰ O regime de exceção enseja a interpretação restritiva, como decidiu o Supremo Tribunal Federal em caso que versava sobre a exceção prevista no § 5.º do art. 29 do ADCT relativamente ao inc. IX do art. 129 da CF: “A exceção prevista no § 5.º do art. 29 do ADCT ao disposto no inc. IX do art. 129 da parte permanente da CF diz respeito apenas ao exercício da advocacia nos casos ali especificados, e, por ser norma de direito excepcional, só admite interpretação estrita, não sendo aplicável por analogia, e, portanto, não indo além dos casos nela expressos, nem se estendendo para abarcar as consequências lógicas desses mesmos casos, máxime, nesta última hipótese, quando a consequência lógica da exceção é objeto de outra norma geral que a proíbe” (RT, 678:220, 1990, ADIn 41-1-DF, Rel. Min. Moreira Alves).

⁶⁴¹ *O Direito*. 13ª. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 448 e 449.

interpretação restritiva da norma. É que, antes de configurar aquela uma regra de exceção (relativamente a uma suposta regra geral que autoriza a assinatura de ajustes de PPP independentemente da precedência de lei autorizativa), materializa uma antinomia valorativa com a norma do art. 2º, § 2º. O recurso à interpretação restritiva do preceito, evitando-se estender a exigência aos casos de concessão administrativa, não elide a contradição, produzindo-se uma hermenêutica finalisticamente desinteligente. Instalada a interpretação restritiva, o resultado hermenêutico colhido preservaria a contradição axiológica, que deveria ser, prevalentemente, dissipada pelo intérprete. Trata-se de advogar a prevalência, *in casu*, do método sistemático relativamente a outros que se apóiam em elementos gramaticais da norma. Ainda que se possam admitir eventualmente contradições valorativas no seio do ordenamento (diferentemente da contradição entre normas, que devem sempre acarretar a sua eliminação – de uma das normas), especialmente quando se posicionam as normas que as recobrem em diferentes domínios de regulação, estão elas em contradição com o princípio de igual tratamento para o que é igual e, portanto, a valorar identicamente, “e, por este motivo, deveriam tanto quanto possível ser evitadas”⁶⁴².

Por isso, reclama-se para o caso uma interpretação ampliativa da regra, de molde a alcançar a superação da contradição valorativa. A interpretação ampliativa, no caso, surge como o resultado da aplicação dos métodos interpretativos tradicionalmente acolhidos (gramatical, sistemático, histórico e teleológico), resolvendo-se a problemática, como referido, pela aplicação prevalente do critério teleológico, uma vez flagrada a desigualdade valorativa entre regras válidas reguladoras de situação materialmente equivalente.

Por isso, reputo que às concessões administrativas versantes sobre serviços públicos económicos (e unicamente para estas) aplica-se a regra do § 3º do art. 10º da Lei n. 11079/2004.

⁶⁴² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 405.

2.6 A DIRETRIZ DE TRANSPARÊNCIA DOS PROCEDIMENTOS E DAS DECISÕES

O inciso V do art. 4º prescreve uma diretriz de transparência nos procedimentos e em decisões administrativas relativas às PPPs. Trata-se de uma manifestação do princípio da publicidade, inscrito no art. 37 da Constituição.

É especialmente importante garantir uma adequada transparência nos processos e decisões envolvidos na produção de contratos complexos e expressivos como as PPPs. Ajustes desta magnitude pressupõem a manipulação de informações técnicas socialmente relevantes (eventualmente, informações relativas ao serviço público), assim como envolvem previsões de desembolsos expressivos do dinheiro público. Não se compatibiliza com contratos desta relevância procedimentos desprovidos de ampla transparência.

É possível identificar, no cumprimento desta diretriz, uma função duplamente relevante, e que serve não só ao controle social do serviço público (e da execução de serviços e obras de infra-estrutura), como ao favorecimento dos valores da universalidade e da “vantajosidade”, finalisticamente envolvidos no processo de seleção do parceiro privado.

A diretriz transparência, neste particular: (i) favorece o controle pelos administrados quanto à manipulação do dinheiro público⁶⁴³ e o acesso pelos usuários (diretos ou indiretos) dos serviços concedidos às informações principais inerentes à configuração contratual produzida, assim como (ii) permite aos interessados na seleção do parceiro privado (disputa licitatória, como regra) um conhecimento adequado acerca dos projetos, estudos e informações imprescindíveis a uma séria e adequada elaboração das propostas (cumprindo-se, também por esta via, o princípio da isonomia, vencendo-se, assim, uma eventual

⁶⁴³ Da publicidade do manejo com a coisa pública descende a possibilidade fiscalizatória dos cidadãos e que lhes permite um exercício efetivo da cidadania-democracia. Dessa transparência depende a eficácia do princípio da responsabilidade pública. Nas palavras de CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA: "Não se exige que se fiscalize, se impugne o que não se conhece. O acesso a quanto praticado administravelmente pelo Estado é que oferece os elementos para o exercício dos direitos do cidadão. A publicidade é, pois, fundamental para que os direitos conferidos constitucional e legalmente ao cidadão possam ser mais que letra de norma jurídica, mas tenham efetividade jurídica e social. Sem a publicidade da conduta administrativa, logo, não se há pensar também na eficácia do princípio da responsabilidade pública". *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 241.

assimetria informacional que possa desalinhar os interessados-ofertantes ao contrato de PPP).

A tonificação da eficiência compõe um cenário jurídico-político em que se admite a relativização de certos procedimentos com vistas ao fortalecimento dos valores prezados finalisticamente (o que se põe num contexto de Administração de resultados) pelas ações administrativas. A transparência é um requisito determinante à legitimação das decisões administrativas. E ela deve significar, como diretriz aplicável às PPPs, não só a *disponibilização* (à coletividade) das razões e justificações do agir administrativo, como a *integração* dos interessados no processo de geração das decisões públicas⁶⁴⁴.

É transcendental, assim, a relevância de uma adequada transparência em programas de PPP. Não sem razão aponta MARÇAL que a transparência é o fator que conduzirá à afirmação da legitimidade sócio-política destas contratações, com o efeito (prático e mediato) de inibir iniciativas posteriores de órgão de controle quanto à suspensão da eficácia da contratação⁶⁴⁵.

Note-se que o inciso VI do art. 10º da Lei n. 11070, em consonância com a diretriz de transparência dos procedimentos e das decisões, prescreveu a submissão da minuta de edital e de contrato à *consulta pública*, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 dias antes da data prevista para a publicação do edital⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ A função de otimização significa que o procedimento deverá favorecer à Administração a intensificação do conhecimento acerca das informações inerentes ao objeto da decisão. Essa postura deverá permear a tomada de decisões discricionárias e o sopesamento dos fatos que contribuirão na eleição do ato decisório. Pressupõe-se, em face disso, na expressão de ROMEU F. BACELLAR FILHO, uma participação cidadã não apenas passiva, mas dinâmica. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 133. Como expõe, ainda, PONCE SOLÉ: "Os critérios, opiniões, alternativas, sugestões, críticas e etc. introduzidos no procedimento mediante a participação podem e devem contribuir a melhorar a decisão a adotar, ainda que não sejam aceitos. Através deles, os cidadãos podem expor seus pontos de vista relativos ao núcleo da decisão discricionária a tomar, influenciando e orientando positivamente o critério metajurídico insito nela". *Dever de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 321.

⁶⁴⁵ Conforme JUSTEN FILHO, Marçal. "A PPP Brasileira e as Lições do Passado", *In Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005, p. 20.

⁶⁴⁶ Poderia ser lembrada aqui, também, a prescrição da Lei n.º 9.874/99 (art. 31), que admitiu, quando a matéria objeto do processo administrativo envolver assunto de interesse geral, que o órgão

Antes da edição da Lei de PPP, a legislação sobre contratos administrativos já previa a exigência de audiência pública em certas hipóteses como meio a integrar a participação dos interessados no processo de programação e formação do contrato. Lembra-se que para a concessão (comum) de serviços públicos assim como para os contratos administrativos gerais (Lei n. 8666/93) impõe-se, por força do art. 39 da Lei Geral de Licitações, a exigência de prévia *audiência pública* para a licitação ou conjunto de licitações que envolvam o valor mínimo de R\$ 150 milhões.

A disciplina prescrita pela Lei n. 11079/2004 para as hipóteses de PPP é algo distinta, substituindo exigência condicionada de *audiência pública* pela exigência incondicionada de *consulta pública*. Além disso, impôs-se um rito específico à consulta, exigindo-se não só a exposição dos documentos da minuta de edital e de contrato (o que não era rigorosamente exigido com a disposição do art. 39 da Lei n. 8666/93 para fins de realização de *audiência pública*⁶⁴⁷), como a fixação de um prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões. Trata-se de uma tentativa de imprimir maior transparência e efetividade à participação de interessados, cuja relevância se acentua em contratos desta natureza – pela sua complexidade e longevidade.

competente, mediante despacho motivado, *possa* abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. "Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1.º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2.º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado no processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais".

⁶⁴⁷ Recorde-se que, consoante já decidiu o TCU, não necessariamente a audiência pública deverá ter por objeto discussão acerca de documentos previamente elaborados sobre a outorga, podendo traduzir-se em oportunidade para colher a manifestação do público acerca de certo esboço de projeto. Conforme anotado no Voto do Ministro Relator, "...deve-se ter em conta que a audiência busca esclarecer à sociedade acerca do objeto lícitado e fornecer aos administradores informações que contribuam para o processo de tomada de decisão de modo a melhor atender aos anseios sociais. Entretanto, não é seu pressuposto de validade que todos os participantes do evento saiam satisfeitos com as respostas ou convencidos da necessidade da realização da licitação". Contudo, no Acórdão recomendou-se à Administração, entre outras atribuições, que "distribua e divulgue material informativo sobre o objeto da audiência com a necessária antecedência, de forma que seja possibilitado o amplo debate entre os administradores e a comunidade". (TC-002.826/05-0 – Representação – DOU de 13.06.2005; Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa, *In Boletim de Direito Administrativo* - setembro/2005. São Paulo: NDJ, 2005, p.1029 a 1035.

2.7 A DIRETRIZ DA REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS ENTRE AS PARTES

Um dos principais instrumentos regulatórios vocacionados a incrementar a eficiência nos contratos administrativos de PPP está numa *distribuição adequada dos riscos* (inclusive, daqueles ditos *extraordinários*). Diz-se que um contrato será eficiente quando cada parte arcar com os riscos que melhor condição tem de administrar. Busca-se atribuir os riscos, de acordo com a sua natureza, à parte apta a, a custos mais baixos, reduzir as chances de que os prejuízos subjacentes venham a se materializar, ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes⁶⁴⁸. Trata-se de associar certos riscos à parte que detém maior controle sobre sua gestão ou sobre as consequências de sua materialização⁶⁴⁹.

A hipótese é prevista no direito brasileiro pelo inciso III do art. 5º da Lei n. 11.079/2004, além de estar prescrita pelo inciso III do art. 5º da mesma Lei como diretriz a ser seguida pela Administração a propósito da estruturação e programação de ajustes de PPP.

A repartição objetiva de riscos não impõe (como parece óbvio) uma distribuição *equivalente* de riscos, na acepção de distribuir equitativamente a carga dos riscos aos parceiros público e privado. O que se mira é a alocação parcial ou total dos riscos catalogáveis sob a responsabilidade de cada uma das partes, segundo a lógica econômica referida.

Com a alocação eficiente dos riscos, gera-se um *incentivo econômico* para a parte vocacionada à sua melhor gestão, com vistas a evitar a ocorrência da contingência e a minimizar os danos que decorrem de sua materialização. Coíbem-se, por outro lado, condutas oportunistas geradas pelo desalinhamento de interesses, como lembra MARCOS BARBOSA PINTO⁶⁵⁰: “Esse desalinhamento pode

⁶⁴⁸ Veja-se o estudo de MARCOS BARBOSA PINTO. “Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas”, *In Revista do BNDES*, v. 13, n. 25. Rio de Janeiro: BNDES, 2006, p. 168.

⁶⁴⁹ No direito europeu, a distribuição dos riscos de acordo com a capacidade das partes em mitigá-los e geri-los é um dos objetivos gerais das *public private partnership*⁶⁴⁹. Como informaram as *Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem-Sucedidas*, produzido pela Comissão Européia, “um princípio básico de qualquer PPP é a alocação do risco à parte mais capacitada a administrá-lo com o menor custo. O objetivo é otimizar, e não maximizar, a transferência de riscos, para assegurar que seja atingido o melhor valor”. E assinalaram como objetivo geral das PPPs a estruturação do relacionamento entre as partes, “de forma que os riscos sejam suportados por aqueles mais capacitados a controlá-los e que seja obtido um maior valor com a exploração das habilidades e competências do setor privado”. *Diretrizes para Parcerias Público-Privadas bem-sucedidas*, produzido pela Comissão Européia. Março de 2003. http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides / PPPguide.htm, p. 17.

⁶⁵⁰ BARBOSA PINTO. “Repartição...”, p. 168.

induzir a parte que tem controle sobre os custos a deixar de evitá-los, ou até mesmo provocá-los intencionalmente, já que não arca com eles”. É certo que o incentivo econômico à melhor gestão dos riscos não funcionará aos agentes com a condição de externalizar suas perdas. Como refere o mesmo autor, se os custos decorrentes puderem ser transferidos a terceiros, reduz-se o incentivo ao agente para a minimização das perdas. É o que ocorre com a Administração Pública, apta a transferir os custos decorrentes aos contribuintes. Talvez isso retrate, de um ponto de vista econômico, uma certa ausência de vocação ao Estado à absorção (eficiente) dos riscos.

De todo o modo, na esfera de uma PPP, a distribuição de riscos deve informar-se segundo um postulado de que certos riscos devem ser alocados à conta do parceiro privado sempre que esse revelar uma capacidade em absorvê-los a um custo inferior do que o faria o parceiro público⁶⁵¹. Assim, numa figuração simplificada, riscos de modificação administrativa de projeto a propósito de um contrato de construção e operação de uma rodovia devem presumidamente ser alocados sob a responsabilidade do parceiro público (pois conduzem à eliminação deste custo na precificação da proposta oferecida à Administração, e, além disso, uma vez atribuídos ao parceiro privado, eliminariam o estímulo ao parceiro público a evitar modificações desnecessárias no contrato); já os riscos geológicos e tecnológicos podem ser fixados à conta do parceiro privado, pois é ele o detentor das habilidades técnicas necessárias à sua mitigação.

Logo, a técnica da alocação racional dos riscos pressupõe transferir ao parceiro público (residualmente) somente os riscos que seriam geridos de modo ineficiente pelo parceiro privado.

O exame dos riscos contratuais consiste num dos expedientes mais complexos e custosos nos ajustes de PPP. Ainda que a sua *previsibilidade* seja um ingrediente importante a assegurar uma adequada estabilidade dos efeitos do contrato⁶⁵², é certo ser impraticável o esgotamento da previsão de todos os riscos no

⁶⁵¹ Mas muitas vezes será extremamente difícil a identificação da parte vocacionada à assunção de dado risco. Há uma diretriz econômica (uma regra prudencial) acolhida pela experiência internacional - e lembrada por BARBOSA PINTO - orientando que, “sempre que não for claro qual é a alocação de riscos mais eficiente”, deve-se “alocar os custos para a parte sobre a qual eles recaem naturalmente. A razão subjacente a essa diretriz é simples: é mais barato deixar as coisas como estão do que alterá-las. Desta forma, evitam-se os custos indiretos relacionados a compensações econômicas, tais como o custo de fiscalizar se o prejuízo é mesmo compensável, o custo de determinar o montante da perda e o custo de eventuais compensações indevidas resultantes de comportamento oportunista”. “Repartição...”, p. 170.

⁶⁵² Esta questão relaciona-se, também, com a *estabilidade* dos efeitos do contrato de parceria. Prever objetivamente os riscos, em contratos desta longevidade, contribui a minimizar

plano contratual. Há algumas razões principais a justificá-la, como lembra GUASCH: (i) a impraticabilidade de preverem-se todas as contingências contratuais possíveis, (ii) a inverificabilidade de certas contingências por terceiro (como a as contingências baseadas no nível de esforço empregado pelo contratado) – o que as torna inútil para fins da pactuação; (iii) os limites da racionalidade; (iv) os elevados custos de transação⁶⁵³.

Um dos fatores de maior relevância reside, então, na insuportabilidade, a partir de certo nível de detalhamento, dos custos transacionais. A partir de certo estágio de detalhamento, o custo de configuração do contrato passa a superar os benefícios de sua pactuação, o que conduz a aceitar que os contratos serão inevitavelmente incompletos⁶⁵⁴.

Todo e qualquer contrato, portanto, contém lacunas. Algumas são voluntárias e conscientemente deliberadas pelas partes; outras, decorrem de sua incapacidade de prever certas contingências. As lacunas deliberadas descendem no mais das vezes da pouca probabilidade da ocorrência da contingência (materialização do risco). Sua pactuação incorreria na elevação indesejada dos custos de transação. Num mundo *coasiano*, em que os custos de transação fossem iguais a zero, as lacunas voluntárias simplesmente não existiriam⁶⁵⁵.

Há, portanto, uma lógica de eficiência para a definição dos direitos pós-contratuais estudada pela Teoria Econômica do Contrato. Resumidamente, poder-se-ia referir – na esteira de DECIO ZYLBERSZTAJN e RAQUEL SZTAJN – duas principais vertentes do pensamento econômico dedicadas a enfrentar o problema dos contratos incompletos: a Teoria da Agência, que, supondo-se a ação oportunística dos agentes, propõe a possibilidade de configurar contratos sob uma lógica de alocação eficiente dos riscos e a partir de incentivos no desenho do contrato, e a corrente baseada no pensamento de GROSSMAN e HART, que examina a possibilidade da alocação dos direitos de decisão pós-contratuais para preencher as

condutas oportunísticas, favorecendo a ecomicidade na contratação administrativa. Ver PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 138.

⁶⁵³ *Granting and Renegotiating Infrastructure: Concessions – Doing it Right*. Washington D.C.: The World Bank, p. 71.

⁶⁵⁴ Veja-se KORNHAUSER, Lewi. “Derecho de Los Contratos”, *In Elementos de Análisis Económico Del Derecho* (org. HORACIO SPECTOR). Buenos Aires: Rubinzal 2004, p. 115 e ss.

⁶⁵⁵ Ver RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 148.

lacunas oriundas da não-previsibilidade⁶⁵⁶. A primeira, supõe a definição *ex ante* dos riscos, enquanto a outra, a negociação *ex post*.

A teoria econômica subjacente à concepção do modelo nacional de PPP, neste particular, aproxima-se da primeira abordagem. Pretende-se uma distribuição eficiente dos riscos de molde a minimizar as perdas e promover a associativamente a economia. Isso requer contratos bem elaborados e detalhados - até o limite imposto pela relação custo-benefício do máximo-detalhamento das previsões (dado que em projetos estruturais os custos dos estudos de alocação de riscos são extremamente altos)⁶⁵⁷.

2.7.1 A Distribuição dos Riscos Imprevisíveis e o Princípio Constitucional da Manutenção da Equação Econômico-Financeira do Contrato

O exame do problema da alocação de riscos em contratos de parceria público-privada está associado à exegese do princípio da equação econômico-financeira. É relevante enfrentar o alcance jurídico deste princípio com vistas à verificação da validade da solução trazida com a Lei n. 11.079/2004.

Tradicionalmente, a doutrina brasileira sempre acolheu uma teoria da intangibilidade da equação econômico-financeira dotada de um amplo âmbito tutelar, numa versão mais protetiva que a própria matriz francesa que a inspirou. A Lei n. 8.666/93 encerrou uma configuração deste princípio intensamente generosa à esfera de direitos do particular.

É costumeiro no exame a propósito do âmbito de proteção da equação econômico-financeira dos contratos administrativos gerais contrapor a existência de uma álea ordinária (caracterizando-se como o risco ordinário e previsível suportado pelos contraentes) a de uma álea extraordinária (envolvendo riscos imprevisíveis).

⁶⁵⁶ ZYLBERSTZTAJN, Raquel Sztajn e ZYLBERSTZTAJN, Decio. "Economia dos Contratos", *In Direito e Economia* (org. Decio Zylbersztajn e Raquel Sztajn). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 109 e 110.

⁶⁵⁷ Talvez pela prática de contratos concessórios excessivamente incompletos foi que, durante a década de 90, à exceção do setor das telecomunicações, mais de 41% das concessões em infra-estrutura na América Latina e no Caribe sofreram renegociações (como registra GUASCH, em estudo do Instituto do Banco Mundial). Os setores mais afetados foram *transportes*, com índice de incidência de renegociação de 55%, e *abastecimento de água e saneamento*, cujo índice tem sido de 75%. Outra preocupação relacionada a esta questão está no curto tempo decorrido em média entre o início das concessões e a prática das renegociações. Este prazo tem sido de aproximadamente 2 anos, quando os contratos originais previam, como regra, prazos de 20 a 30 anos. E afirma o autor: "Although some renegotiation is desirable, appropriate, and to be expected, this incidence exceeds expected and reasonable levels and raises concerns about the validity of the concession model". GUASCH, J. L. *Granting and Renegotiating Infrastructure: Concessions – Doing it Right*. Washington D.C.: The World Bank, p. 34.

Diz-se que os eventos reconduzíveis à álea ordinária que provocarem o rompimento na equação econômico-financeira do contrato não se constituirão em pressupostos aptos a impor o dever jurídico da Administração em ressarcir os prejuízos verificados. Sendo previsíveis os riscos, não há que se falar em responsabilização administrativa quanto à recomposição da equação econômico-financeira. Já a álea extraordinária compreenderia eventos hábeis a, produzindo desbalanceamento na equação financeira, sujeitar a Administração ao dever jurídico de sua recomposição. Abrange tanto agravos econômicos sofridos pelo contratado a propósito de conduta da Administração Pública (*álea administrativa*), como circunstâncias externas ao contrato, caracterizáveis como fatos imprevistos e imprevisíveis ao tempo da celebração contratual, hábeis a provocar desequilíbrio econômico na esfera do pacto (*álea econômica*)⁶⁵⁸.

No campo das *áleas extraordinárias*, indicam-se quatro causas aptas a produzir o rompimento da equação econômico-financeira do contrato: (i) a modificação unilateral do contrato⁶⁵⁹ (ii) o fato da Administração⁶⁶⁰; e (iii) o fato do

⁶⁵⁸ A doutrina sobre o tema é vastíssima. Ver, entre outros, TÁCITO, Caio. "O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público", *In Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. I, 1997, p. 199 a 255. SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitação e contrato administrativo*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 237 a 249. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 716 e ss. - *Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos, a Lei nº 8.666 e o Plano Real*, ILC - Informativo Licitações e Contratos, Zênite, nº 8, outubro/1994, p. 475 a 487; *Reajuste de preços e garantias constitucionais*, ILC - Informativo de Licitações e Contratos, março/1999, nº 61, p. 165 a 176. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo", *In Direito administrativo na década de 90*. São Paulo: RT, 1997. BANDEIRA DE MELLO, C. A. "O equilíbrio econômico nos contratos administrativos", *In Perspectivas de direito público (estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 259 a 262 e 295 a 300. "A recomposição de preço nos Contratos Administrativos gerais por elevação imprevisível no custo de insumos". *In Revista Zênite de Licitações e Contratos*, ano XIII, nº194, Editora Zênite, São Paulo, 2006. GASPARINI, Diógenes. "Reajuste, Revisão e Repactuação", ILC - Informativo de Licitações e Contratos, n. 123, maio/2004, p. 416 e ss. - "Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato – ausência de previsão em ato convocatório ou contrato – decurso de um ano da data limite para apresentação da proposta", ILC - Informativo de Licitações e Contratos, n. 35, janeiro/1997, p. e 26.

⁶⁵⁹ A modificação unilateral do contrato consiste na intervenção formal e direta no conteúdo do contrato administrativo, particularmente vocacionada à alteração de cláusulas regulamentares, e que, em regra, repercute no rompimento da equação econômico-financeira do contrato (art. 58, I, e 65, I, da Lei nº 8666/93). O ato de instabilização, nesse caso, deverá desde logo, ao produzir a modificação das condições de execução, reorganizar economicamente o contrato, restabelecendo a sua equação originariamente firmada.

⁶⁶⁰ O fato da Administração retrata conduta lesiva (e ilícita) da Administração levada a efeito enquanto parte contratante. Será um comportamento da Administração tomado na qualidade de parte no contrato que acarrete a impossibilidade de sua execução ou o desbalanceamento da equação econômico-financeira. São as hipóteses, por exemplo, da não-liberação do terreno em que se promoverá a execução da obra; da não-expedição de ordem de serviço para o início das tarefas, quando obrigatória, etc. A Lei nº 8666/93 disciplinou uma série de direitos do contratado em face da ocorrência de fatos da Administração (incisos XV e XVI do artigo 78 e inciso VI do § 1º do art. 57).

príncipe⁶⁶¹, que caracterizam a *álea administrativa*, e (iv) os *atos imprevisíveis e excepcionais* hábeis a provocar o rompimento da equação (teoria da imprevisão⁶⁶² - *cláusula rebus sic stantibus*), que caracterizam a *álea econômica*.

Esta construção dogmática retrata a importação de teorias nascidas no direito francês. Esses enfrentamentos permearam de certo modo a interpretação dos dispositivos da Lei Geral dos contratos administrativos no direito brasileiro (Lei n. 8.666/93) aplicáveis ao tema, mesmo que descoincidente com o tratamento da questão na França (o que revela, sob um ângulo, certa inutilidade daquela classificação ao exame da problemática no direito brasileiro). Fato é que aquela categorização está, de um modo geral, associada ao princípio da equação econômico-financeira do contrato administrativo no direito brasileiro - particularmente à exegese do tratamento do tema pela Lei n. 8.666/93.

A Lei n. 8.666/93 tratou da problemática da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo em diversos dispositivos. Além de assegurá-la pela verificação do fato da Administração (inciso VI do § 1º do art. 57) – o que seria até desnecessário pela ilicitude da hipótese –, a garantiu quanto à alteração da equação econômico-financeira do contrato (§ 2º do art. 58; § 6º do art. 56); ao *fato do príncipe* (§ 5.º do art. 65); e à *teoria da imprevisão* (alínea “d” do inciso II do artigo 65)⁶⁶³.

O direito brasileiro operou, então, uma espécie de unificação de todas estas situações (que não conduzem em todos os casos a tratamento uniforme no direito francês) debaixo do mesmo regime jurídico. Como regra, adotou-se a concepção de que eventos imprevisíveis ou de consequências imprevisíveis (*álea extraordinária*), posteriores ao oferecimento da proposta pelo particular, configuram motivo bastante

⁶⁶¹ O *fato do príncipe* consiste em ato praticado pelo Poder Público (não como parte no contrato) que, ainda que não relacionado diretamente com o contrato administrativo, nele repercute, provocando, de modo reflexivo, o rompimento da equação econômico-financeira. Não pressupõe um ato dirigido a instabilizar relação jurídico-contratual; é, em regra, medida de ordem geral e que apenas indiretamente repercute alterações no seio do contrato. Por isso, qualifica-se como um mero *fato jurídico* (em relação aos efeitos produzidos no contrato).

⁶⁶² Sob a proteção da *teoria da imprevisão* estão todos os fatos imprevistos e imprevisíveis que, involuntários e exteriores ao domínio da Administração, provoquem o rompimento da equação econômico-financeira do contrato.

⁶⁶³ Alguns autores destacam como causa apartada da teoria da imprevisão as chamadas “sujeições imprevistas”, sendo estes fatos materiais e incidentes técnicos capazes de onerar a execução do contrato. São, assim como as circunstâncias econômicas que acolhe a teoria da imprevisão, fatos imprevistos e imprevisíveis. Mas distinguem-se destas porquanto se caracterizam como problemas quanto à execução material do contrato (como, por exemplo, a descoberta de camada rochosa subterrânea durante escavações para a execução de obra), enquanto as situações sob a proteção da teoria da imprevisão seriam incidentes de natureza econômica, como a elevação aguda no preço de determinados insumos utilizados na execução de obra; a variação no câmbio do dólar etc.

a atrair a responsabilidade administrativa quanto ao restabelecimento da equação econômico-financeira. O ponto fundamental a atrair a responsabilidade do Estado ao ressarcimento dos agravos suportados pelo contratado residiu na *extraordinariedade* do evento. Acolheu-se o raciocínio de que o rompimento da equação econômico-financeira apto a atrair a responsabilidade da Administração deveria ser motivado por eventos *imprevisíveis* ou (ainda que previsíveis) de *conseqüências imprevisíveis* (ao tempo de formulação da proposta).

Tratando-se, de outra parte, de *álea* ordinária, o dever de restabelecimento da equação contratual seria incabível. Como referiram EROS GRAU e PAULA FORGIONI, “Espera-se de qualquer empresário que pautar seu comportamento negocial de acordo com o padrão dos homens ativos e probos, ou seja, de acordo com o agir normalmente esperado das empresas. A falta de diligência não pode ser protegida pelo ordenamento jurídico, assim como eventuais erros de cálculo também não hão de ser neutralizados pelo direito.”⁶⁶⁴ Logo, os erros e a má gestão da programação da execução contratual pelo contratado não poderiam dar lugar ao dever da Administração restabelecer a equação contratual, quando violada. A hipótese estaria inserida no âmbito da *álea* ordinária, escapando à tutela da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Portanto, a previsão legal destas hipóteses (inscritas no art. 65 da Lei n. 8666/93), como regras *injuntivas*, impediu (como impede) que Administração e contratado dispusessem destas situações no plano do contrato. A *álea* extraordinária estaria, sempre, protegida pelo âmbito tutelar do princípio da equação econômico-financeira do contrato, sendo, então, indiferente a pactuação das partes quanto a isso. Eventual deslocamento de riscos extraordinários à esfera de responsabilidade do contratado poderia traduzir ofensa à força jurídica injuntiva da regra.

Estas regras foram acolhidas pela doutrina como *concreção* do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo, inscrito no art. 37 do texto constitucional. Mesmo para os tradicionais contratos de concessão de serviços público regidos pela Lei n. 8.987/95 estendia-se a aplicação daquele quadro classificatório das *áleas*⁶⁶⁵, atraindo-se a responsabilidade

⁶⁶⁴ *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 111 e 112.

⁶⁶⁵ É arguta a ponderação de MARCOS PEREZ acerca da questão, quando aponta sérias implicações que podem decorrer da aplicação às concessões da teoria das áreas ordinária e extraordinária: (i) não deixa explicitados os riscos efetivos da contratação, gerando insegurança às partes; (ii) baseia-se numa divisão abstrata dos riscos, igualando, em seus termos, todos os empreendimentos; (iii) despreocupa-se com uma divisão clara dos riscos na contratação. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 132.

administrativa de recomposição do equilíbrio sempre que se verificassem eventos reconduzíveis àquelas causas tipificadas como ensejadoras da tutela estatal. Reconheceu-se a aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93 às concessões de serviços públicos regidas pela Lei n. 8.987/95⁶⁶⁶, afirmando-se que não só o ato de modificação formal e unilateral do contrato de concessão (*ius variandi*) importaria em causa hábil à recomposição da equação econômico-financeira do contrato (art. 9º da Lei n. 8.987/95), mas, inclusive, o fato do príncipe e os fatos imprevistos (teoria da imprevisão) consistiriam ainda fundamentos jurídicos à intangibilidade daquela equação em contratos de concessão.

2.7.1.1 O Princípio constitucional da manutenção da equação econômico-financeira nas concessões comuns – inaplicabilidade do art. 65 da Lei n. 8.666/93; possibilidade de distribuição de riscos extraordinários

Este raciocínio sustentou a unificação do tratamento jurídico da equação econômico-financeira à categoria mais abrangente dos contratos administrativos: contratos administrativos gerais (regidos pela Lei n. 8.666/93) e contratos de concessão de serviços públicos (Lei n. 8.987/95) estavam submetidos a tratamento equivalente no que respeita ao princípio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, seja porque a exegese da norma constitucional (inciso XX I do art. 37) atribuía àquele princípio uma extensão tal que assegurava o dever administrativo de recomposição pela ocorrência de eventos que se pusessem sob a álea extraordinária, seja porque se reconhecia a aplicação da Lei n. 8.666/93 (Lei Geral dos Contratos Administrativos) a todas as espécies de contratos administrativos – entendendo-se, daí, que esta lei teria aplicação subsidiária à Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/95).

Não se desprezavam no bojo desta orientação – cabe pontuar - as marcantes diferenças que distanciavam os contratos administrativos gerais dos contratos de concessão de serviços públicos relativamente à dinâmica do equilíbrio contratual e à amplitude da álea ordinária que caracteriza cada qual, mas se lhes reconhecia uma tutela abrangente da Administração Pública quanto ao dever de recomposição da

⁶⁶⁶ Neste sentido posicionou-se SANTOS, José Anacleto Abduch dos. *Contrato de Concessão de Serviço Público – Equilíbrio Econômico-Financeiro*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 149 e 150. Ver ainda JUSTEN FILHO, Marçal, *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 150 a 158. Mas esse autor referiu que “nada impede que o contrato preveja concretamente que certos riscos correrão por conta do contratado, ao menos dentro de certas variações máximas”. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 397.

equação financeira pela ocorrência de eventos imprevisíveis, fato do príncipe etc., numa configuração que impedia às partes a disposição quanto à repartição de certos riscos – a aplicação subsidiária do art. 65 da Lei n. 8.666/93 aos contratos de concessão tornavam ilícitas cláusulas contratuais que deslocassem ao concessionário o ônus pela materialização de riscos extraordinários.

Essa orientação não me parece juridicamente acertada. Não vejo na voz da Constituição o alcance mais abrangente do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira, a ponto de reconhecer que o âmbito tutelar da recomposição do equilíbrio contratual esteja informado pela indisponibilidade de interesses, não se reconhecendo espaço de auto-regulação às partes quanto a uma distribuição de riscos (ordinários e extraordinários). Também não entendo que as regras da alínea “d” do inciso II, e do § 5º do art. 65 da Lei n. 8.666 mereçam aplicação subsidiária às concessões de serviços públicos.

Por primeiro, seria relevante notar que o texto constitucional não delimita o alcance jurídico do princípio da equação econômico-financeiro do contrato. Do enunciado do inciso XXI do art. 37 da Constituição tira-se apenas uma *regra* que impõe, nas contratações administrativas em geral, a manutenção das “condições efetivas da proposta”⁶⁶⁷. Tal não restringe, neste particular, o espaço pré-contratual, no sentido de inibir juridicamente a possibilidade de as partes pactuarem uma distribuição de riscos, dispondo sobre uma divisão de responsabilidades acerca de contingências relacionadas à execução do contrato. A regra constitucional apenas assegura a intangibilidade das *condições fixadas na proposta*, protegendo o pacto de intervenções administrativas autoritárias na esfera das cláusulas econômicas do contrato. Não impõe, porém, qualquer restrição à livre disposição pelas partes quanto à partilha de responsabilidades sobre riscos (que importe na alocação de riscos ordinários e extraordinários entre as partes)⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

⁶⁶⁸ No ver de BARBOSA PINTO, “Inconstitucional, na verdade, seria admitir o reequilíbrio quando os riscos assumidos pelo concessionário se materializassem. Ao proceder dessa forma, estaríamos alterando a equação inicial do contrato em vez de preservá-la e, o que é pior, compensaríamos duplamente o parceiro privado por um mesmo fato – uma vez na licitação, outra no reequilíbrio. “Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas”, *In Revista do BNDES*, v. 13, n. 25. Rio de Janeiro: BNDES, 2006, p. 165.

Parece-me claramente excessiva, portanto, uma interpretação que pretenda extrair da Constituição a vedação a que os contratos administrativos em geral possam admitir uma partilha de riscos ordinários e extraordinários.

Nem seria, ademais, cabível a invocação de uma concepção econômica como subsídio teórico à legitimação de uma interpretação jurídica ao problema fundada no princípio da modicidade tarifária. Poder-se-ia sustentar que a redução ou eliminação da responsabilidade do concessionário pelos riscos extraordinários (transferidos, então, à tutela administrativa pela proteção do equilíbrio contratual) acarretaria a redução dos custos de transação, alcançando-se, com isso, uma tarifa mais econômica aos usuários dos serviços público. Essa interpretação jurídica não se assenta em pressuposto lógico *verdadeiro*.

É verdade que a configuração econômico-jurídica que absorve na tutela administrativa a responsabilidade quanto aos eventos extraordinários verificáveis na sede da execução de contratos administrativos apresentou certas vantagens aferíveis *ex ante* - aponta-se que a desconsideração dos riscos de eventos imprevisíveis aptos à ampliação dos custos de operação do contrato pelos ofertantes ao tempo do processo de seleção do contratante (licitação) evita a precificação desta insegurança, favorecendo preços mais econômicos (e vantajosos) à Administração. Mas essa construção pode revelar uma ineficiência *ex post*, na medida em que se subtrai o incentivo ao contratado à economia e eficiência na administração dos custos de produção do contrato. Sempre que ao contratado estiver assegurada a integral recomposição da equação financeira por eventos imprevisíveis, mesmo em hipóteses cuja capacidade de minimização de perdas a partir da materialização dos riscos esteja em sua esfera, se lhe retira os incentivos a uma melhor (e mais econômica) gestão de sua mitigação, gerando-se ineficiência contratual.

Imagine-se um exemplo em que uma camada rochosa não identificada ao tempo da assinatura do ajuste (no projeto básico) de um contrato de execução de obra exija, com vistas à sua remoção, intervenções tecnológicas sofisticadas, disponíveis em diversas configurações e tipos no mercado. A certeza quanto ao ressarcimento pleno e integral do custeio destas contingências gerará um desincentivo ao contratado quanto à sua gestão eficiente. A administração destes custos de produção gerados à conta da situação imprevista – a escolha pela opção tecnológica adequada, o alcance do barateamento dos custos, a negociação com terceiros etc - não será movida pela busca à racionalização, desestimulada que está pela certeza na recomposição integral dos prejuízos pela Administração. A ausência

de incentivo a uma execução racionalizada destas contingências pelo contratado gera uma ineficiência contratual – que acarreta a elevação dos custos globais necessários à produção do contrato.

Não se perca ainda que, muitas vezes, o particular tem melhores condições de buscar soluções de prevenção de certos riscos (inclusive mediante remédio securitário) que a Administração, o que pode favorecer economias *ex ante* (pela expertise do contratado na adoção de mecanismos efetivos de prevenção) e *ex post* (pela minimização dos custos de materialização do risco, ante o deslocamento da responsabilidade ao ente segurador) no âmbito da relação contratual.

Por isso, não é possível fundar num raciocínio econômico desta natureza a interpretação constitucional sobre o problema. Até se pode admitir que a regra inserida na alínea “d” do inciso II do artigo 65 recobre um fundamento econômico, que orienta pela contenção da expansão dos custos transacionais nos ajustes daquela natureza. Mas se trata daí de uma opção (econômica) configurada juridicamente mediante a imposição de lei. O que não se admite é o preenchimento de espaços políticos da Constituição por uma hermenêutica fundada em concepções econômicas arbitradas pelo intérprete.

Noutro giro, não se pode sustentar a aplicação automática da alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei n. 8666/93 às concessões de serviços públicos.

As diferenças marcantes entre os modelos dos contratos administrativos gerais e das concessões não autorizam a procedência do raciocínio. Uma das discrepâncias fundamentais entre essas espécies põe-se justamente nas bases que compõem a equação econômico-financeira de cada qual: as concessões, por envolverem prazos mais alongados e riscos ordinários mais ampliados que os contratos regidos pela Lei n. 8666/93, recebem um tratamento jurídico peculiar ao equilíbrio econômico-financeiro. Pode-se dizer que as concessões funcionam sob uma perspectiva *empresarial*, diferentemente dos demais contratos administrativos, que se prestam à simples *terceirização* de serviços e atividades. Tendo por objeto a delegação da *gestão* de um serviço público ao concessionário, envolvem um *negócio* a ser gerido (com certa autonomia de gestão) por este, que apresenta certos riscos inerentes à atuação empresarial. Disso decorre que a concessão, como modelo de gestão empresarial, é sensível à dinâmica do mercado, sendo que essa suscetibilidade é o que propiciará certas vantagens econômicas à operação do serviço público, beneficiada pela habilidade gerencial do concessionário. Contrapõe-se, assim, uma concepção *dinâmica* da equação econômico-financeira que caracteriza as concessões a uma concepção *estática* inerente ao outro modelo.

Alude-se a uma dimensão dinâmica do equilíbrio contratual para referir às oscilações empresariais ordinárias suportáveis pelo concessionário, que absorve, como pedra de toque do modelo concessório, o *risco de utilização* do serviço. Esta dinamicidade revela-se mais acentuadamente em concessões que se operam em setores cuja prestação do serviço público dá-se sob regime de concorrência. Mas ela será uma característica inerente ao equilíbrio contratual das concessões em geral, dado o espaço gerencial próprio da gestão do concessionário, sempre proporcionado à dimensão dos riscos assumidos.

Essas diferenças se refletem em diferentes modelos de monitoramento da execução do contrato e de tutela do equilíbrio contratual. A Administração pretende com a concessão a obtenção de certos *resultados*, sendo de pouca relevância (para fins de controle) a escolha dos meios pelo concessionário ao atingimento dos fins previstos em contrato. Já nos contratos administrativos há um controle rígido dos meios, previamente elegidos (exaustivamente) pelo *projeto* que fica à cargo da Administração, monitorados passo a passo durante a execução do contrato. Dessas discrepâncias decorre uma diferença de vocação da tutela do equilíbrio contratual em cada uma das espécies.

Logo, não é possível equiparar os contratos de concessão e os contratos administrativos gerais para o fim de submetê-los ao mesmo tratamento do equilíbrio contratual. As notáveis diferenças na configuração da equação econômico-financeira de cada qual conduzem a rejeitar a aplicação automática às concessões dos esquemas de classificação de riscos concebidos para a exegese da teoria da equação econômico-financeira dos contratos administrativos gerais. Os dispositivos da alínea “d” do inciso II do art. 65 e do § 5º do mesmo artigo da Lei n. 8.666/93 não impedirão, então, uma configuração de riscos no plano dos contratos de concessão que imponha riscos extraordinários sob a responsabilidade do concessionário.

Para além disso, colhem-se da Lei n. 8.987/95 disposições no sentido de admitir-se a distribuição de responsabilidades atinentes a contingências futuras envolvidas na execução das concessões. É o que se passa com a regra do inciso VII do art. 18, que reza que os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro devem ser previstas no ato convocatório (e no contrato). Lembre-se, ademais, que a

dicção do art. 10 da Lei n.º 8.987/95⁶⁶⁹ parece depositar na disposição das partes as opções pelo desenho das áleas abrangidas no contrato.

No plano de uma interpretação sistemática poder-se-ia invocar ainda a disciplina da Lei n. 11.079/2004, que expressamente autorizou as partes à partilha de riscos contratuais (ordinários e extraordinários) em contratos de parceria público-privada, sendo essa modalidade com maior afinidade jurídica às concessões comparativamente aos contratos administrativos gerais.

Não há nada no direito positivo vigente, por isso, que desautorize a repartição de riscos em contratos de concessão comum de serviços públicos, inclusive daqueles ditos extraordinários.

2.7.1.3 A intangibilidade da equação económico-financeira nas PPPs – a possibilidade quanto à repartição objetiva de riscos

Se às concessões já era então admitida a possibilidade de distribuição de riscos no plano do contrato, com o advento da Lei n. 11.079/04 a hipótese passa a ser admitida explicitamente no que refere às parcerias público-privadas. É o que decorre da diretriz do inciso VI do art. 4.º, assim como do inciso III do art. 5º, que impõe como cláusula obrigatória a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea económica extraordinária. A regra é plenamente constitucional, conclusão que se ampara em fundamentos e argumentos já referidos acima.

A repartição de riscos no contrato será, assim, no plano das PPPs, uma referência crucial na composição da equação económico-financeira do contrato. A tutela à equação económico-financeira do contrato estará delimitada pela distribuição dos riscos ordinários e extraordinários operada no plano do contrato.

Caberia indagar, nesse passo, o tratamento jurídico aplicável à responsabilidade pelos riscos não pactuados no contrato. Isto é: as lacunas contratuais poderão dar origem a incertezas quanto à atribuição de responsabilidades durante a execução contratual. Nesta eventualidade, a quem deverá ser atribuída a responsabilidade por suportar os prejuízos oriundos dessas contingências?

⁶⁶⁹ “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio económico-financeiro”.

A questão deve ser respondida pela invocação da *teoria da imprevisão*. Muito embora se tenha sustentado a inaplicabilidade automática às concessões do tratamento legislativo da equação econômico-financeira dispensado aos contratos administrativos gerais, não se nega a submissão daquelas à teoria da imprevisão e à cláusula *rebus sic stantibus*. Antes de materializar-se na dicção da alínea “d” do inciso II do artigo 65, a teoria da imprevisão descende de princípios gerais aplicáveis ao contrato que há muito penetraram o tratamento jurídico dos contratos administrativos, tendo sido, ao longo dos anos, de aplicação necessária tanto aos contratos administrativos gerais como aos contratos de concessão de serviços públicos.

Mas esta teoria deverá ser temperada com as especificidades jurídicas dos modelos concessórios. Como regra, as PPPs importarão na transferência de autonomia de gestão de serviços concedidos (mas nem sempre ‘delegados’) ao parceiro privado, carregando-se para este os riscos empresariais inerentes (e que estarão proporcionados à dimensão de sua autonomia gerencial). Não há padrões teóricos seguros a oferecer soluções precisas e definitivas ao problema. As decisões só poderão alcançar-se nos casos concretos, mediante a análise da configuração dos ajustes, identificando-se o grau de autonomia de gestão do parceiro privado, pondo-se dentro ou fora desta esfera riscos não pactuados.

Deve-se, contudo, tanto quanto possível, evitar previsões vagas e lacunosas quanto à distribuição dos riscos⁶⁷⁰. Sendo que a aplicação da teoria da imprevisão funcionará como um tratamento subsidiário à pactuação das partes quanto à repartição de riscos extraordinários, quanto maior for o detalhamento acerca da catalogação dos riscos e a atribuição de responsabilidades aos parceiros, menor espaço haverá para a invocação da teoria da imprevisão.

⁶⁷⁰ Lembro, aqui, a ponderação de EGON BOCKMANN MOREIRA, quando afirma que “...ao contrário de uma definição “instintiva”, “implícita”, ou “tradicional” da distribuição dos riscos, o que se faz necessário é uma decisão técnica motivada de quais são os eventos e proposições que devem ser levados em conta para a boa execução do projeto em longo prazo e qual técnica de alocação permitirá atenuar a sua incidência e respectivos efeitos deletérios”. “Riscos, incertezas e concessões de serviço público”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 20. Belo Horizonte, 2007, p. 47.

2.9 A DIRETRIZ DA SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA E VANTAGENS SOCIOECONÔMICAS DOS PROJETOS DE PARCERIA

Os programas de PPP deverão perseguir não só a sua *sustentabilidade financeira*, como as *vantagens socioeconômicas* decorrentes dos projetos de parceria – inciso IV do art. 4º da Lei n. 11079/2004.

A sustentabilidade financeira parece um pressuposto lógico a qualquer contratação administrativa. Mas se trata de um objetivo especialmente relevante em programas de PPP, devido aos riscos financeiros envolvidos (como regra) na execução do contrato pelo parceiro privado. É dever jurídico da Administração estruturar financeiramente os ajustes, usando das múltiplas possibilidades econômico-financeiras de configuração, de molde a assegurar a sua sustentabilidade. Um ajuste de PPP financeiramente débil estará suscetível a renegociações indesejadas ou mesmo à extinção prematura da parceria, o que, em se tratando de projetos estruturantes de elevada dimensão econômico-financeira, poderá produzir imensos prejuízos à Administração, com possível repercussão negativa ao universo dos usuários.

O dever administrativo de assegurar a sustentabilidade nos projetos de PPP dependerá, evidentemente, de um sem-número de estudos e análises conclusivos acerca do modelo financeiro concebido. A sustentabilidade financeira será, assim, um dos ângulos das demonstrações a serem produzidas por ocasião da gestão do programa de PPP.

Além da sustentabilidade financeira, as PPPs deverão promover vantagens socioeconômicas. Este objetivo relaciona-se com a formatação de um ajuste eficiente, que promova a maximização dos ganhos às partes envolvidas, particularmente aos usuários do serviço. Uma série de procedimentos e demonstrações deve explicitar que, face a determinado caso concreto, a PPP reveste-se da via mais apropriada para alcançar maior economia e eficiência na execução dos escopos pretendidos (o que dependerá do cotejo com outras soluções contratuais e com a hipótese de uma prestação direta de bens e serviços).

Estes enfrentamentos são peculiares àquilo que se chama no direito das *Private Finance Initiative* de *value for money*. Essa noção, de origem anglo-americana, foi concebida como um fator de mensuração da eficiência na gestão de

empreendimentos públicos (e no emprego de recursos públicos), a partir de uma análise comparativa entre gestão estatal e gestão privada. Em certos casos, a participação da gestão privada em projetos e empreendimentos estatais, comparativamente à administração e gestão exclusivamente estatais, importa na tonificação da eficiência, significando a agregação de valor ao dinheiro público. Segundo uma definição externada num documento oficial do Tesouro britânico, o *value for money* retrata a ótima combinação de todos custos incidentes e qualidade dos bens ou serviços de modo a atingir as necessidade dos usuários. “*Value for money* não é a escolha de bens e serviços baseados no orçamento mais barato. Para executar um bem-administrado ajuste, é necessário considerar primariamente, e num primeiro estágio do ajuste, quais serão os pontos-chaves do *value for money* no processo do contrato”⁶⁷¹.

O *value for money* consiste, então, numa *demonstração* de valorização do dinheiro público pelo recurso à gestão privada em atividades encarregadas ao Estado. Esta noção está subjacente ao *Best Value*, traduzido como um dever geral imposto às autoridades britânicas locais (pelo *Local Government Act*, 1999) de configurar arranjos de molde a assegurar um contínuo aperfeiçoamento em seus serviços e funções públicas, obedecendo a uma combinação de economia, eficiência e eficácia. Trata-se de impor aos governos locais o dever de prestar serviços de melhor qualidade a um custo acessível. Isso envolve, inclusive, a obrigação de preparar um plano de *performance* para cada exercício financeiro⁶⁷².

O fundamento do *Best Value* assenta-se numa proposta de alcançar economia e eficiência a longo prazo a partir da substituição da gestão pública pela gestão privada. O enfoque traduz não só um objetivo fundamental a ser alcançado pelos programas de PFIs (como sinônimo da melhor utilização dos fundos públicos), como a pesquisa e as decisões tomadas a partir disso, que devem alcançar a

⁶⁷¹ “Value for Money is defined as the optimum combination of whole-of-life costs and quality (or fitness for purpose) of the good or service to meet the user’s requirement. Value for Money is not the choice of goods and services based on the lowest cost bid. To undertake a well-managed procurement, it is necessary to consider upfront, and at the earliest stage of procurement, what the key drivers of VfM in the procurement process will be” (...) PFI should only be pursued where it represents VfM in procurement. *Value for Money – Assessment Guidance*. HM Treasury Contracts. London. 2006, p. 7. In *hm-treasury.gov.uk*, p. 7.

⁶⁷² VINCENT-JONES. Peter. *The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Relationality*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 54.

produção do melhor contrato possível “por meio de uma atribuição otimizada de riscos”⁶⁷³.

O modelo nacional incorporou a filosofia do *Best Value*, retratada em diversas exigências inscritas na Lei Geral quanto à demonstração da viabilidade econômico-financeira das iniciativas de PPP, que devem sempre decorrer do cotejo com outras vias à satisfação do interesse público subjacente ao empreendimento.

A diretriz, portanto, que determina como um dos objetivos cruciais de programas de PPP o alcance de vantagens socioeconômicas desses projetos exige do administrador público uma plena e satisfatória (motivada) demonstração de que a iniciativa por este modelo de contrato configura a melhor alternativa comparativamente a outros modelos⁶⁷⁴, sob o ângulo da ampliação das vantagens sócio econômicas, alcançando-se, com a reserva de certo dinheiro público, melhores resultados sociais comparativamente a soluções alternativas⁶⁷⁵.

As vantagens sócio-econômicas podem ser considerada assim como um sobre-objetivo relativamente à formatação eficiente de um ajuste de PPP, baseado numa adequada alocação dos riscos. Lembra-se aqui que, como referido nas *Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem-Sucedidas* divulgadas pela Comissão Européia, “a alocação eficiente do risco tem um impacto financeiro direto sobre o projeto, já que resultará em menor custo global e, dessa forma, propiciará

⁶⁷³ COSSALTER, Philippe. “A Private...”, p. 447.

⁶⁷⁴ A experiência internacional revela que as vantagens socioeconômicas podem ser obtidas por análises de mercado e mediante informações históricas de projetos anteriores. Segundo a Comissão Européia, se esses dados se mostrarem insuficientes, recomenda-se a realização de uma *licitação virtual*, que pode executar-se de duas formas: (i) por estimativa ou (ii) por proposta real. Na primeira hipótese, dimensiona-se a economia de custos, o que envolve acrescentar os custos adicionais de um projeto de PPP (abrangendo o custo do financiamento privado, margens de lucro, custos da licitação e custo da regulamentação pelo setor público) a um *comparador financeiro* (definido como a comparação do custo da proposta de PPP preferida com o custo de fornecer o projeto por meio dos métodos tradicionais do setor público), produzindo-se uma decisão sobre o potencial do setor privado para eliminar esses custos adicionais. A proposta real consiste no desenvolvimento de uma proposta efetiva para o projeto de PPP e comparando-a com o custo estimado da licitação tradicional do setor público. *Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem-Sucedidas*, produzido pela Comissão Européia. Março de 2003. http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides / PPPguide.htm, p. 60.

⁶⁷⁵ Cabe lembrar que a Comissão Européia recomenda que: (i) As PPPs devem ser utilizadas apenas se oferecerem mais vantagens socioeconômicas (*value for money*) do que os métodos tradicionais; (ii) As técnicas de avaliação das vantagens socioeconômicas (*value for money*) são complicadas, exigem dados de qualidade e devem ser utilizadas apenas após cuidadosa ponderação; (iii) Entretanto, as vantagens socioeconômicas (*value for money*) devem ser um dos principais objetivos na manutenção do interesse público”. *Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem-Sucedidas*, produzido pela Comissão Européia. Março de 2003. http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides / PPPguide.htm, p. 59

melhor vantagens socioeconômicas (*value for money*) em comparação com os métodos tradicionais”⁶⁷⁶.

⁶⁷⁶ Diretrizes para Parcerias Público-Privadas bem-sucedidas, produzido pela Comissão Europeia. Março de 2003. http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides / PPPguide.htm, p. 53.

CAPÍTULO II

LIMITES NEGATIVOS À CONFIGURAÇÃO DAS PPPs

1. INTRODUÇÃO

A viabilidade jurídica da concessão patrocinada, assim como da concessão administrativa, estará condicionada a certos pressupostos de configuração do ajuste, que funcionam como delimitação negativa às hipóteses de PPP. Nos termos da Lei n. 11079/2004, estará vedada a celebração de parceria público-privada: I – quando o valor do contrato for inferior a R\$ 20 milhões; II – quando o período de prestação do serviço for inferior a 5 anos; ou III – quando tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (§ 4º. do art. 2º. da Lei Geral de PPP).

Cabe debruçar-se sobre cada uma destas hipóteses.

2. HIPÓTESE DO INCISO I DO § 4.º DO ART. 2.º DA LEI GERAL DE PPP:

QUANDO O VALOR DO CONTRATO FOR INFERIOR A R\$ 20 MILHÕES

A Lei Geral exclui o cabimento de PPPs cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20 milhões. A prescrição, contida no inciso I do § 4º. do art. 2º. da Lei Geral de PPP, contém-se na parte da Lei dedicada às *normas gerais*. Um aspecto primário, então, está em investigar a natureza desta norma, desvendando-a norma geral ou norma de aplicação restrita à esfera federal. O enfrentamento é relevante pois que, a prevalecer a vontade formal da Lei, tomando-a por norma geral, é inegável o cabimento restritivo (de um ponto de vista prático) do modelo de PPPs à imensa maioria dos municípios brasileiros. Esta tem sido, aliás, uma crítica constantemente oposta pela doutrina à definição legislativa desta norma como *norma geral*⁶⁷⁷.

Lembre-se que a Constituição, no inciso XXVII do art. 22, atribuiu competência privativa à União para legislar sobre *normas gerais* de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...).

⁶⁷⁷ Sustentando não ser “norma geral” aquele dispositivo, ver BINENBOJM, Gustavo. “As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. In *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, p. 10 e 11. MOREIRA, Egon Bockmann. “Breves Notas sobre a Parte Geral da Lei das Parcerias Público-Privadas”, In *Estudos Sobre Parcerias Público-Privadas* (org. José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm). São Paulo: Thomson, 2006, p. 49 e 50.

Fazendo uso desta competência, a União editou a Lei n. 11079/2004, a qual veicula normas gerais e especiais (aplicáveis à União) sobre uma *modalidade* de contrato administrativo nominada *parceria público-privada*. Em campo próprio deste diploma reservado à veiculação de normas gerais está a regra do inciso I do § 4.º do art. 2.º

O exame acerca da (in)constitucionalidade deste dispositivo à luz dos limites da competência reservada à União para a edição de normas gerais reclama, evidentemente, a busca por uma noção jurídica de *norma geral*.

2.1 O CONTEÚDO JURÍDICO DAS NORMAS GERAIS

O conceito de norma geral é um daqueles temas que geram disputas intermináveis na doutrina. Uma das razões deve-se à sua própria indeterminação. Por maior que seja o avanço da doutrina na construção de critérios a ampliar as zonas de certeza positiva e negativa na aplicação do conceito aos casos concretos, é inevitável a sobrevivência de um espaço cinzento, de uma zona de indeterminação (ainda que *determinável* nos casos particulares, quando então será sobreposta pelas zonas de certeza positiva ou negativa). Daí porque afirma FLORIANO MARQUES NETO que o máximo possível, em se tratando de normas gerais, é uma delimitação genérica do conceito, “o estabelecimento de um *standard* jurídico” que permita, diante de situações concretas, concluir pelo caráter genérico ou específico de uma dada norma jurídica⁶⁷⁸.

O tema das normas gerais é complexo e situa-se numa área que se poderia dizer de tensão federativa. Falar de normas gerais pressupõe tomar em consideração o sistema político-jurídico (político-administrativo e legislativo) de distribuição de competências desenhado pela Constituição. De um ponto de vista de repartição vertical de competências legislativas, normas desta natureza importam no alinhamento pelos entes federados quanto ao tratamento regulatório de certos temas, naquilo que dependem de alguma unidade a manter coerência político-legislativa no âmbito da federação. Por isso, versam sempre genericamente sobre questões e regras fundamentais de conexão de todas as esferas federadas, com abrangência unificadora que alcança todo o território nacional. Dada sua vocação

⁶⁷⁸ “Normas Gerais de Licitação – Doação e Permuta de Bens de Estados e de Municípios – Aplicabilidade de Disposições da Lei Federal 8666/93 aos Entes Federados”, *In Revista Trimestral de Direito Público* n. 12, São Paulo: Malheiros, p. 176.

generalizante de pautas fundamentais e vinculante de todos os entes federados, não são esgotativas dos temas veiculados, mas deixam espaços regulatórios a serem preenchidos à conta do exercício da competência legislativa própria dos demais entes que não a União – constitucionalmente encarregada da edição de *normas gerais* a propósito de certos temas.

Uma noção então imediatamente associada à de norma geral é a de *lei nacional*. A locução “norma geral” é empregada para designar a abrangência (geral) do conteúdo veiculado por lei vinculante de todos os entes federados. Nesta acepção, norma geral é *lei nacional*, isto é: vigente em todo o território nacional e vinculante de todas as ordens federadas. Reconhece-se no âmbito da federação – como explica Kelsen, num raciocínio perfeitamente aplicável ao sistema nacional – normas centrais, criadas por um órgão legislativo central – a legislatura da federação –, e normas locais, criadas por órgãos legislativos locais – a legislatura dos Estados componentes. “As normas centrais formam uma ordem jurídica central por meio da qual é constituída uma comunidade jurídica central parcial que abarca todos os indivíduos residentes dentro do Estado federal. Essa comunidade parcial constituída pela ordem jurídica central é a “federação”. Ela é parte do Estado federal total, assim como a ordem jurídica central é parte da ordem jurídica total do Estado federal. As normas locais, válidas apenas para parte definidas do território inteiro, formam ordens jurídicas locais por meio das quais são constituídas comunidades jurídicas parciais. Essas unidades jurídicas parciais são os “Estados componentes”. Desse modo, cada indivíduo pertence, simultaneamente, a um Estado componente e à federação. O Estado federal, a comunidade jurídica total, consiste, assim, na federação, uma comunidade jurídica central, e nos Estados componentes, várias comunidades jurídicas locais”⁶⁷⁹.

As *leis nacionais* são assim leis que, editadas pelo poder central (União), alcançam todo o território nacional, vinculando União, Estados-membros e Municípios, ao passo que as *leis federais*, tais como conhecidas do direito brasileiro, vinculam apenas a União. Logo e a par do sistema distributivo de competências fixado na Constituição, a União, Estados-membros e Municípios titularizam competências legislativas, possuindo aptidão para inovar o ordenamento mediante

⁶⁷⁹ *Teoria Geral do Direito e do Estado* (trad. Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 452.

produção de regras expedidas por suas instâncias legislativas. As regras editadas pela União poderão ser *nacionais*, quando vinculantes de todas as ordens federadas, e exclusivamente *federais*, quando vinculantes apenas da União. Neste enfoque, as normas gerais serão sempre leis nacionais, porquanto se projetam sobre todo o território nacional, vinculando todos os entes federados.

Sob um ângulo teleológico, a existência da norma geral se justifica no federalismo cooperativo, que vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração, como refere TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR. Assim, “toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral”⁶⁸⁰.

Já pelo exposto é possível compreender que enquanto o *efeito* jurídico da norma geral editada pela União, no âmbito da repartição vertical de competências, está em vincular as competências legislativas dos demais entes federados (caracterizando-se como uma *lei nacional*), sua *finalidade* é estabelecer uma uniformidade regulatória acerca de aspectos centrais de matérias afeitas à competência legislativa (complementar) dos demais entes, para evitar ou atenuar a potencialidade de tensões entre leis produzidas por distintas esferas da federação, cumprindo-se um papel organizador da produção legislativa no âmbito da federação.

A idéia de que a norma geral presta-se à uniformização de certos temas genéricos permite compreender que, considerada em sua essência e conteúdo, apresenta-se abrangente mas não completa. Seus temas-objeto não devem, na maioria dos casos, receber configuração exaustiva e detalhada, a ponto de esvaziar por completo ou além de certos limites as competências concorrentes das outras esferas federadas. Se assim for, poderá configurar-se invasão da competência legislativa dos demais entes. Logo, normas desta natureza não só não excluem como pressupõem o exercício de competência legislativa suplementar por outros entes federados.

⁶⁸⁰ “Normas Gerais e Competência Concorrente – Uma Exegese do art. 24 da Constituição Federal”, In *Revista Trimestral de Direito Público* n. 7. São Paulo: Malheiros, p. 19. Veja-se também FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Competências Administrativas dos Estados e Municípios – Licitações”, In *Revista Trimestral de Direito Público* n. 8. São Paulo: Malheiros, p. 25 a 38.

Dois aspectos, então, podem ser bem destacados a propósito da configuração jurídica das normas gerais: (a) são normas genéricas e unificadoras, na acepção de envolverem matérias cuja relevância permeia todas as esferas federadas, que merecem tratamento uniforme a reduzir o risco de tensões regulatórias (por assim dizer) entre as unidades federadas; e (b) são normas (como regra) incompletas, pois exigem, como regra, a suplementação de regulação pelos demais entes federados, que, dentro de uma certa moldura normativa desenhada pela norma geral, exercerão competência legislativa complementar, preenchendo aquele vazio normativo a partir do tratamento legislativo de questões de interesse regionalizado ou local⁶⁸¹.

Deve-se pontuar, contudo, que a característica da não-completude da norma geral não há de ser acolhida como seu *pressuposto de validade*. Afirma-se sua feição abrangente e não exaustiva como uma característica que marcará o seu estereótipo jurídico (por assim dizer) em grande parte dos casos. Mas não se nega a hipótese de uma regra geral alcançar um nível acentuado de absorção de dado micro-campo temático, desde que subjacentemente se tenha um interesse nacional prezado pela disciplina da norma (que exija uma regulação uniformizada pelos entes federados). O que se quer referir é que, para que seja válida, a disciplina da norma geral deverá recobrir valores nacionalmente relevantes, desde a necessidade de alinhar-se a regulação de certo tema pelos entes federados. Uma decorrência desta faceta estará em admitir o seu caráter generalizante e não esgotativo. Eventualmente, contudo, haverá norma geral válida, cuja disciplina atende ao pressuposto de uniformização de temas de interesse nacional, sem que se reserve espaço regulatório à competência legiferante dos outros entes federados⁶⁸². No

⁶⁸¹ Lembra-se aqui a ponderação de RAUL MACHADO HORTA, que vê na norma geral uma norma não-exaustiva: “é conceitualmente legislação incompleta, de forma que a legislação estadual, partindo da legislação federal de normas gerais, possa expedir normas autônomas, afeiçoando as normas gerais às exigências variáveis e às peculiaridades locais de cada ordenamento jurídico estadual”. *Direito Constitucional*, 2ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 357.

⁶⁸² Em sentido próximo é a posição de FLORIANO MARQUES NETO: “Um segundo ponto que merece observação é a impossibilidade de as normas gerais esgotarem a matéria que regulam. Ainda que em teoria isso seja verdade, pode haver situações em que, em virtude da importância do tema e de suas particularidades, exista pouco espaço para inovação ou particularização por parte das autoridades estaduais. É o caso, por exemplo, da regulação em matéria de licitações, que foi praticamente exaurida por lei federal. Isso porque, no caso, era mais relevante assegurar a uniformidade nas contratações da Administração Pública como um único conjunto, do que refletir eventuais particularidades regionais. O que se pode entender pela prescrição que veda à lei geral esgotar a matéria regulada há de ser a vedação a que esta invada o campo de especificidade e particularidade reservado à lei regional ou local. Inexistente a margem para a disciplina especificante

problema da incompletude das normas gerais, importa que a disciplina do tema, como um todo, deixe espaço para o exercício de regulação supletiva pelos outros entes, ainda que certas regras gerais possam tender ao esgotamento de aspectos específicos do tema, de interesse nacional⁶⁸³.

É relevante perceber, então, que as normas gerais, ao contrário do que se tem dito, não se esgotam na veiculação de princípios e diretrizes. Vão além, muitas vezes. Veiculam disciplina *genérica* mas não necessariamente *principiológica*. Importam na unificação regulatória de temas de interesse nacional, que transcendem o interesse regional e local, mas que não se traduzem em disciplina própria dos princípios. Adotada a distinção entre regras e princípios, pode-se afirmar que normas gerais veiculam tanto regras como princípios. Ainda que os princípios sejam sempre e necessariamente normas dotadas de altíssimo grau de abstração e generalidade, as regras também poderão ter por objeto disciplina geral acerca de certa matéria. Será lícito à União legislar sob um formato fechado e condicional das regras assuntos de interesse nacional e geral, sem esgotar o campo regulatório explorável pelos Estados-membros e Municípios. Assim, a regra inserta no artigo 65

regional ou local, descaberá falar em vedação ao exaurimento pela lei". MARQUES NETO, Floriano. "Competências federativas na regulamentação de estações rádio-base", in www.manesco.com.br, 2006, p. 28.

⁶⁸³ É interessante trazer a visualização desse problema pela ótica da Corte Constitucional Alemã, a propósito do tema das leis-quadro: "Uma regulamentação federal não ultrapassa os limites postos a normas de quadro quando ela, segundo o seu conteúdo e objetivo, é apta e necessitada de uma suplementação através de um ato livre de vontade por parte do legislador estadual no sentido de que somente a referida suplementação da obra legislativa sobre o assunto a ser ordenado a torne completa e exeqüível (BVerfGE 4, 115, 130). (...) O fato de que normas federais contenham dispositivos completos que, de acordo com o alcance do seu objeto de regulamentação, não deixam mais espaço para a legislação estadual (como o decreto Federal de Notas), ainda não ultrapassa a competência de quadro se – como aqui – a regulamentação, vista como um todo, continue apta e necessitada de suplementação mediante legislação estadual (BVerfGE 25, 142, 152). Enquanto a regulamentação jurídica federal não ultrapassa os limites da competência de quadro, não há motivo para ver uma falta de competência no fato de que a regulamentação não tenha sido efetuada pelo próprio legislador federal, mas – na base de uma delegação legal – por parte de um Ministro federal mediante edição de decreto". KRELL, Andreas Joachim. "A Constitucionalidade da Regulamentação da Lei de Consórcios Públicos (n. 11.107/2005) por Decreto Presidencial", In *Revista de Direito do Estado* n. 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 350 e 351.

Como comenta KRELL, "a princípio as leis alemãs de quadro sempre devem estar aptas a receber suplementação por parte dos estados. No entanto, razões em favor do "bem integral" (Gesamtwohl) da Federação são capazes de tornar menos rígidos os limites da definição desse quadros temáticos. A própria Corte Constitucional (BVerfG) já decidiu que o legislador federal, na base do art. 75 LF, poderia também "esgotar a normatização de aspectos pontuais de uma matéria", ordenando-a de forma integral, e até criar normas de eficácia imediata perante os cidadãos. Assim, determinados pontos temáticos de uma lei quadro podem ser objeto de regulação plena, caso o assunto guarde elevado "interesse numa nova regulação federal uniforme rapidamente aplicável" e a própria lei seja concebida numa forma que deixe ao legislador estadual espaços suficientes a serem preenchidos". "A Constitucionalidade...", p. 349 e 350.

da Lei n. 8666/93, que fixa parâmetros rígidos para a alterabilidade dos contratos administrativos, há de ser tomada por norma geral, porquanto subjaz à sua disciplina um interesse nacional acerca da uniformização de assuntos implicados com diversos valores consagrados na base dos institutos da licitação e do contrato administrativo. Mas seu formato é de regra jurídica, apresentando uma hipótese de incidência rígida e formada por conceitos determinados, que opera sob um esquema de subsunção. Por isso, não vejo – como vê a maioria da doutrina que se ocupou deste tema – uma necessária associação entre o conteúdo das normas gerais e a disciplina dos princípios.

Talvez um defeito de compreensão do problema pela doutrina que reconhece no conteúdo das normas gerais fundamentalmente a veiculação de princípios esteja em resumir a distinção entre regras e princípios no seu grau de abstração e generalidade, usando-se desta escala para espelhar a variação de abrangência entre normas gerais (interesse nacional) e normas específicas (interesse regional e interesse local). Mas a equiparação é equívoca, porquanto estas tipologias se diferem por diversos outros aspectos⁶⁸⁴, investigação que não cabe no presente estudo.

Por isso, norma geral não é equiparável a norma-princípio, isto é: não tem por conteúdo necessariamente a veiculação de princípios e diretrizes. Melhor é referir a uma disciplina de *base* como conteúdo das normas gerais, própria a regular aspectos essenciais e centrais de certa matéria, deixando-se (como regra) margem para a disciplina de assuntos periféricos pelos demais entes federados. Limita-se a esfera de competência legislativa das normas gerais, então, às matérias consideradas centrais, essenciais e gerais acerca de certo campo temático, extrapolado quando se adentra na regulação de questões periféricas, que descem a detalhes e minudências alusivas à situação regional ou local.

⁶⁸⁴ Ver item 2.1 do Capítulo I da Parte III deste trabalho. Observe-se que, enquanto as regras funcionam num esquema de subsunção, os princípios são normas vocacionadas à ponderação, sendo, assim, sopesáveis e relacionáveis entre si numa dimensão de *peso*, de *importância* — *dimension of weight*. Diferem das *regras* que são aplicáveis numa relação do tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*): se os fatos descritos pela norma ocorrerem, ou a norma é válida, e neste caso o comando ofertado deve ser aceito, ou a norma é inválida, caso em que ela não contribui em nada para a decisão. Diferentemente, os princípios são passíveis de se virem afastados uns em relação a outros; o confronto dessas normas se resolve, à luz da proporcionalidade, pelo “peso” e pela “importância” que cada princípio assume no sistema. Portanto, estas noções não diferem unicamente no que diz com seu grau de abstração e generalidade, mas caracterizam formatos jurídicos distintos, que revelam funções distintas no âmbito da hermenêutica. Ver DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 24, 26 e 27.

Quando, portanto, o legislador constitucional outorga competência à União para a disciplina de normas gerais sobre dado tema, está a lhe reservar competência para a regulação de aspectos *centrais, gerais e essenciais* sobre ele, que exigem um tratamento uniformizado em todo o território nacional.

2.4 O INCISO I DO § 4.º DO ART. 2.º CONFIGURA NORMA GERAL?

Fornecida a noção jurídica de norma geral, ocupo-me da análise do conteúdo da regra do inciso I do § 4.º do art. 2.º, com vistas a responder a indagação acerca de seu caráter de norma geral ou especial.

Neste percurso, pretenderei analisar se esta norma veicula disciplina que se poderia tomar por geral, central ou essencial relativamente ao campo de regulação próprio delimitado pela identidade temática da matéria reservada à competência das normas gerais editáveis pela União (isto é: no âmbito do tratamento regulatório das *modalidades* de contratos administrativos), e se recobre um interesse nacional, capaz de exigir o tratamento unitário por todo o território nacional.

Deve-se pressupor, neste enfrentamento, que *central, essencial* ou *geral* são noções que, opondo-se a específico, particular, regional ou local, recobrem conceitos *relativos*, cuja compreensão depende de sua situação em contextos previamente delimitados. Uma disciplina central ou geral sobre *licitação* pode não corresponder a uma disciplina central ou geral sobre *direito administrativo*, dado que este universo temático é bem mais amplo do que aquele. A escala de generalidade ou de *descentralidade* que informa o raciocínio proposto só se justifica em relação a certo campo temático. Isso me parece óbvio. Mas é importante fixar essa idéia para que se possa melhor situar esse tão difícil exame sobre o caráter geral ou não-geral da regra do inciso I do § 4.º do art. 2.º, relacionando primariamente esses conceitos ao seu terreno de aplicação.

Parta-se, então, do fato de que a norma constitucional atribuiu privativamente à União competência para legislar acerca de normas gerais em matéria de *contratos*⁶⁸⁵, em todas as suas *modalidades*, como se tira da letra do dispositivo.

⁶⁸⁵ Há quem entenda pela inexistência de outorga constitucional à União legislar sobre normas gerais em matéria de contrato administrativo. É o que defendeu FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, para quem a competência dada pela Constituição à União não alcança o regramento da *execução de contratos* (que seria de "economia interna do poder contratante"), mas tão-só (o

Tem a União, por isso, competência privativa para legislar sobre *normas gerais* no terreno das *modalidades contratuais*. É dentro desse campo temático – das *modalidades contratuais* – que se deve buscar contrastar o cunho geral, regional ou local relativamente aos temas regulados.

Quando se configura juridicamente certa modalidade de contrato administrativo, tipificando-a, está-se, não há dúvida, regulando tema próprio de norma geral. A configuração das notas *básicas* e centrais de certa modalidade contratual específica merece regulação por norma geral, as quais abrangem a fixação da hipótese do *tipo contratual*, a fixação das hipóteses de vedação à sua aplicação, a fixação de diretrizes e parâmetros acerca de sua alterabilidade, do tratamento do equilíbrio econômico-financeiro etc., e todas as questões que cumpram diretrizes ou princípios aplicáveis às contratações como economicidade, razoabilidade, eficiência etc. Fica à conta da legislação complementar de Estados-

regramento) acerca da *contratação*, o que traduz em sua ótica a delegação de competência para legislar sobre procedimentos gerais de contratação direta. Justifica o jurista o parecer nos seguintes termos: "Note-se que a expressão contratação – v. g., ato ou procedimento de contratar, mas não de gerir e gerenciar o contrato – pode ser entendido como a fórmula do constituinte para outorgar à União poderes para regulamentar os casos de contratação direta. Pelo entendimento aqui esboçado, seria plausível sustentar que a Carta Maior não deu à União poderes para editar normas dos contratos, mas somente para uniformizar os procedimentos gerais a) de licitação – quando esta couber – e b) de contratação direta." "Contrato administrativo: superveniência de fatores técnicos dificultadores da execução de obra – inaplicabilidade dos limites de 25% de acréscimos", in *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, 1998, p. 116.

Ouso discordar de FLORIANO, o que é sempre difícil. Como já sustentei em outro local, ao se utilizar das expressões *licitação* e *contratação*, o texto constitucional deixa bem vincado que a esfera de competência privativa da União não se resume à edição de normas gerais sobre o *processo de formação dos contratos* (o que se identifica pela expressão *licitação*), mas envolve, ainda, o próprio contrato. Fosse a intenção do texto delimitar a esfera de competência ao regramento acerca da licitação e de processos de contratação direta, não faria sentido a inclusão da expressão *contratação*. Ou seja: a prevalecer o entendimento de que a locução *contratação* limita-se a indicar as hipóteses de *contratação direta*, ter-se-ia de reconhecer que sua inclusão no texto tem função supérflua, eis que a própria expressão *licitação* a pressupõe. Regrar sobre licitação, então, é sobretudo regar sobre o seu cabimento, identificando hipóteses em que ela (a licitação) é exigível, inexigível ou dispensável. Uma vez que a Constituição Federal erigiu a licitação como regra a toda e qualquer contratação, as únicas hipóteses admissíveis de contratação direta são aquelas em que há ausência de exigibilidade da licitação (inexigibilidade ou dispensa). A contratação direta significa, por isso, a ausência de licitação. Versar sobre contratação direta, portanto, é versar acerca dos casos de ausência de licitação. Logo, bastaria referir à competência para legislar sobre *licitação* para abranger a disciplina sobre *contratação direta*. Como não se pode presumir, por força de princípio hermenêutico fundamental, que o texto constitucional contenha palavras supérfluas ou faça uso de tautologia, extrai-se a conclusiva tese de que a expressão *contratação* quer significar as matérias relativas aos *contratos* propriamente, envolvendo aí a disciplina acerca de sua execução e conclusão.

É em sentido próximo, ainda, o escólio de ALICE GONZALEZ BORGES que, em monografia específica sobre o tema, já apontou como *normas gerais propriamente ditas* as "normas gerais de licitações e contratos administrativos, fundamentalmente construtoras de uma teoria geral dos contratos administrativos, dentro da categoria dos contratos em geral, pertencente à teoria geral do direito, como espécie autônoma e diferenciada". *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: RT, p. 48.

membros e Municípios questões particulares, como a fixação de procedimentos complementares, prazos e parametrizações acessórias etc.

Aliás, um dado que reforça a evidência de que a regulação dos tipos legais em seus aspectos essenciais merece tratamento uniforme por todo o território nacional tira-se da disciplina dispensada pela Constituição ao direito dos contratos. A delimitação ou a configuração de um *tipo contratual*, no que há de essencial – como, por exemplo, a delimitação jurídica de seu cabimento –, é aspecto que transcende a organização administrativa particular das Administrações e alcança interesses dos privados parceiros do Poder Público, tocando o *direito do contrato*. E o tema dos contratos desde sempre mereceu pela Constituição disciplina uniforme no território nacional, regulado por *lei nacional* mediante exercício de competência legislativa privativa da União (inciso I do art. 22 da CF). É da Constituição que se extrai, então, a predominância do interesse nacional subjacentemente à disciplina do direito dos contratos. Delimitar e regular exaustivamente certa modalidade contratual alusiva ao direito civil e ao direito comercial é missão reservada à lei nacional, por exigir a Constituição, neste particular, um tratamento jurídico coerente em todo o território nacional. Numa visão sistemática do texto constitucional, ter-se-ia de reconhecer que a disciplina atinente à delimitação e à configuração básica de modalidade contratual-administrativa (fixando-se suas notas centrais) deve merecer tratamento por *norma geral*, sendo daí parcela central e geral daquele campo normativo, na interpretação do inciso XXVII do art. 22 da CF⁶⁸⁶.

A questão que se sucede é se a disciplina do valor-piso da modalidade do contrato administrativo PPP conforma um elemento próprio e central desse tipo contratual. Isto é: minha missão é investigar se o valor-piso prescrito pela Lei n. 11079/2004 configura uma nota *geral* ou *essencial* do *tipo* da PPP (da *modalidade* da PPP). Este exame poderá desdobrar-se em dois passos: investigando-se, antes,

⁶⁸⁶ Há quem veja naquele dispositivo *norma geral de direito financeiro*, recusando a classificação que o acolhe como *norma geral sobre contrato administrativo*. É o caso de LUIZ TARCÍSIO TEIXEIRA FERREIRA, que afirma se tratar de norma de direito financeiro “por versar a obtenção de receita pública – neste caso, de receita de financiamento, de caráter, portanto, não coativo (não tributária), já não importando se ocorre ou não seu ingresso e contabilização no caixa do Estado ou, por outra, se o que se verifica é a sua aplicação direta em obras e serviços de infra-estrutura. Mas terá caráter financeiro principal e necessariamente pelo lado da despesa pública, já que implica (i) o nascimento de obrigação de pagamento – que poderá ser satisfeita pelo parceiro público até mesmo de modo direto ao financiador (art. 5º., § 2º., II) –, decorrendo dela (ii) a sua necessária contabilização, (iii) a obrigação de planejamento de orçamento plurianual, (iv) o endividamento de longo prazo da pessoa pública e tocando, certamente, (v) a questão da gestão fiscal responsável”. *Parcerias Público-Privadas – Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 37.

(i) se a configuração do valor-piso em contrato de PPP perfaz um tema central e integrativo deste tipo; e, seguidamente, (ii) se o valor-piso tal como *parametrizado* pela norma contém-se nos limites de uma disciplina geral sobre PPP.

Pois bem. Um ponto de partida, como referência de sistematização dos elementos constitutivos do tipo legal do contrato, é oferecido pela classificação tripartite proposta pela “doutrina dos elementos do contrato”, segmentando-o em elementos essenciais (*essentialia*), naturais (*naturalia*) ou acidentais (*accidentalia*)⁶⁸⁷. Neste domínio, uma das conquistas da doutrina dos *essentialia*⁶⁸⁸, para fins de qualificação de arranjos fáticos aos tipos legais correspondentes, está em decifrar a seleção dos índices constitutivos do contrato que retratam a *essência* do tipo. Usando-se deste aporte, tentarei verificar se o valor-piso relativamente ao modelo da PPP perfaz os índices centrais do tipo capazes de espelhar a essência do modelo, como a sua *função*, *configuração* e *sentido*. No dizer de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, os elementos essenciais, dentro dos elementos do tipo (legal), seriam aqueles cuja seleção é definidora da subsunção⁶⁸⁹. Se a regra do valor-piso compuser o conjunto dos elementos característicos e definidores (centrais, portanto) do tipo, penso que recobrirá matéria afeta à norma geral.

Examine-se-a, antes, sob o ângulo da *função* do tipo. A função ou causa⁶⁹⁰ do contrato é explicado pela doutrina como a função objetiva do tipo legal. Refere-se costumeiramente como tal à função econômica ou social do contrato⁶⁹¹. Como

⁶⁸⁷ Explica PEDRO PAIS DE VASCONCELOS que “num processo conceptual-subsuntivo, como é o dos “elementos do contrato”, os elementos essenciais fixam os limites da subsunção e, assim, os critérios do juízo binário de inclusão ou de exclusão. Para a inclusão é necessário e suficiente que no caso se verifiquem todos os elementos essenciais; para a exclusão é suficiente que falte um dos *essentialia*, seja qual ele for”. Já os *naturalia*, que integram também estruturalmente o tipo, correspondem à disciplina regulativa do tipo (cuja vigência está implícita no tipo, de tal modo que não precisa ser clausulada pelas partes para vigorar, porque é de sua “natureza”). Sob certo ângulo, então, a relação entre os *essentialia* e os *naturalia* retrata a relação entre a previsão e a estatutização. Os *accidentalia*, por sua vez, definem-se por exclusão das partes. “Designam tudo o que seja estipulado e que não constitua elemento essencial ou natural. Para terem vigência precisam ser estipulados”. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 82.

⁶⁸⁸ A doutrina dos *essentialia*, como doutrina que busca a definição dos *elementos essenciais* de um negócio para operar sua qualificação a certo tipo, pressupõe investigá-los a partir de duas ordens de elementos: (a) os que caracterizam o contrato como ato realizado entre as partes; (b) os que conformam o contrato-regulação ou o tipo legal do contrato, definidores de sua noção legal. Este segundo ângulo é o que apresenta relevância para o enfrentamento proposto no presente estudo, onde se pretende investigar os elementos essenciais do tipo legal da PPP, demonstrando-se que o valor-piso compõe esta seleção, sendo que, defini-lo, é regular aspecto essencial do próprio tipo.

⁶⁸⁹ *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 84.

⁶⁹⁰ Para uma crítica à *causa* como critério autônomo de qualificação ver DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 94 e ss.

⁶⁹¹ VASCONCELOS. Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 124 e 125.

caracterização legal de uma operação econômica, o tipo do contrato recobrirá sempre uma certa função econômica ou social que pode ser apreendida pela sua tipificação. Visto sob sua funcionalidade, o modelo da PPP apresenta vocação para atrair investimentos a empreendimentos em infra-estrutura. O valor-piso, neste contexto, delimita investimentos mínimos a serem realizados pelo parceiro privado. Entendendo-se, como entendo, o valor do contrato como o montante equivalente ao financiamento encarregado ao parceiro privado no ajuste de PPP, evidencia-se uma função precípua revelada pela regra do valor-piso em exigir quantitativo mínimo de financiamento capaz de deferir ao parceiro privado-colaborador certos “benefícios” que decorrem da disciplina jurídica da PPP, como o regime de prazos alongados e o sistema especial de garantias.

Ainda sob o ângulo da funcionalidade das PPPs, que se justificam como um meio de imprimir eficiência e economicidade aos ajustes com vistas a implementar e incrementar infra-estrutura pública, o estabelecimento de um valor-piso evita a elevação dos custos transacionais (como se verá adiante), o que poderia resultar da aplicação do modelo a arranjos de pequeno porte financeiro, em vista da existência de elevados custos que se poderiam dizer insensíveis à dimensão econômico-financeira do contrato, atinentes a estudos e projetos para assegurar a viabilidade de uma PPP.

Além da *função* como índice do tipo, a *configuração* do contrato-tipo é um outro elemento importante na composição da sua *essência*. O modo como se articulam as peças integrativas do tipo definem um desenho próprio de cada tipo, imprimindo-lhe identidade (fisiológica, por assim dizer). No âmbito de sua articulação, de sua justaposição, a subtração de peças integrativas da configuração de um tipo pode produzir a sua desfiguração, desequilibrando uma relação de correspondência que deve informar a conviência harmoniosa entre seus elementos constitutivos, e que se retrata especialmente numa relação equilibrada entre hipóteses da *previsão* e comandos da *estatuição* (ainda que na estruturação do *tipo* não se verifique tão claramente a configuração dúplice que caracteriza a norma jurídica, como regra). Neste particular, meu propósito é verificar se o valor-piso integra a *configuração* do tipo – vale dizer: se a sua subtração poderia desequilibrar o desenho do tipo legal; se da articulação sistêmica dos elementos essenciais da configuração do tipo da PPP, a prescrição do valor-piso encaixa-se como peça

central na conformação do tipo-previsão de molde a justificar o tipo-regulação (estatuição).

Parece-me fora de dúvida que o valor-piso é um dado *pressuposto* para a construção do regime jurídico das PPPs, justificador, sobretudo, de comandos fundamentais que dão identidade ao regime jurídico peculiar do modelo. A exigência de valor mínimo do contrato como pressuposto de validade de uma PPP encontra sua razão de ser na formatação (financeira) deste modelo contratual, no seu regime jurídico próprio. Alguns efeitos jurídicos da aplicação do modelo se justificam naquele dimensionamento. Alude CARLOS ARI SUNDFELD (tomando o *valor do contrato* como sendo o valor de investimento a ser provido pelo parceiro privado) que “os R\$ 20 milhões são o montante de investimento privado considerado mínimo pela lei para justificar a outorga, ao contratado, dos benefícios do regime da concessão – o prazo longo, as proteções especiais em caso de rescisão etc”⁶⁹². Agrego que a previsão de um fundo garantidor a garantir o cumprimento das obrigações do parceiro público acolhido pelo modelo de PPP também se legitima na dimensão do porte financeiro do contrato e na duração alongada de sua execução. Logo, todas estas características apresentam-se sistemicamente vinculadas, sendo que o valor mínimo do contrato não nasce como um elemento autônomo, capaz de ser relativizado sem atingir a essência genética do modelo. Não se trata de mero complemento ou detalhamento de uma disciplina básica da PPP, mas é um verdadeiro elemento configurativo da essência do modelo.

Portanto e ao contrário do que se pode pensar, eliminar ou relativizar a parametrização do porte financeiro mínimo da PPP incorre no risco de desnaturar a modalidade contratual, desequilibrando as relações de causa e efeito pressupostas na base desse modelo.

Indo além, pode-se dizer ainda que o valor-piso serve e se integra ao *sentido* do tipo das PPPs. O *sentido*, ao lado de outros aspectos, é um índice do tipo, na observação de PEDRO PAIS DE VASCOLCELOS. Os tipos contratuais têm um sentido próprio que lhes dá coerência. “Os tipos contratuais são micro-sistemas móveis de elementos ordenados entre si, sob um determinado critério directivo”. Após definir a *configuração* como o modo de ordenação interna dos elementos do tipo, explica o *sentido* como o critério directivo desta configuração. “O sentido é o que dá unidade ao

⁶⁹² “Guia Jurídico...”, p. 34.

contrato e ao tipo contratual, é o que dá critério à sua configuração. É o código genético-organizativo”⁶⁹³. Desse prisma, é conclusivo que a configuração normativa do modelo das PPPs está orientada a regular hipóteses de contratos que envolvam grandes empreendimentos, que comportem investimentos expressivos aportáveis pelo parceiro privado (assegurados pela imposição de um valor-piso), assegurando-lhe garantias especiais. Há, pois, uma função relevante na formação do *sentido* do tipo das PPPs reservada à regra do inciso I do § 4º. do art. 2º.

Assim, parece correto admitir que aquela prescrição está integrada na base do regime das PPPs, sendo elemento configurativo *essencial* de seu tipo legal. Pois a delimitação das notas essenciais do tipo contratual parece ser objeto próprio de norma geral, apta a regular, em aspectos centrais e gerais, modalidades de contrato administrativo.

Até aqui é conclusivo, segundo o entendimento que defendo, ter a regra do § 4º. do art. 2º, como uma peça-chave na definição da modalidade contratual da PPP, caráter de norma geral.

Mas, diriam alguns, se é certo que a definição de um valor piso na hipótese da PPP pode mesmo ser acolhida como elemento central da criação dessa modalidade de contrato, o que autoriza a conclusão de que poderá ser fixada por norma geral, o que se recusa, em última análise, é o caráter restritivo da parametrização concretamente imposta pela norma, que torna inacessível o uso da modalidade de contato por unidades federadas de menor porte financeiro, avançando-se então em competência legislativa suplementar dos demais entes, em vista da proteção do interesse regional e local. A defesa desta tese pressupõe reconhecer que, sendo o contrato de PPP um contrato financeiro, por constituir via para o financiamento de empreendimentos em infra-estrutura e ter a sua configuração atrelada a níveis de capital envolvido na execução de seu objeto, sua parametrização no que diz com valores mínimos do contrato há de ser nivelada autonomamente pelos entes regionais e locais, dado que a cada um corresponde porte econômico-financeiro distinto. Supõe-se, neste giro, sendo certa a necessidade de fixar-se um valor-piso para a disciplina da PPP (por ser um elemento integrativo de sua configuração), que a calibragem do valor-piso deverá proceder-se caso a caso por relacionar-se a características locais e regionais.

⁶⁹³ *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 149.

Um possível efeito jurídico desta tese - admitindo-se que o valor-piso é mesmo um elemento integrativo do tipo desta modalidade, mas se negando o caráter de norma geral quanto à parametrização do valor-piso - estaria em aceitar a exigência de valor-piso como vinculante de todas as esferas federadas, ainda que se reconheça a possibilidade de cada uma destas ordens paramerizá-lo de acordo com interesses regionais e locais. Ou seja: neste viés, Estados e Municípios (e o Distrito Federal) não poderiam desatender a exigência ou simplesmente estabelecer normas que eliminassem a exigência de um valor-piso. Mas lhes caberia a edição de regra modificativa do conteúdo numérico do valor-piso veiculado pelo inciso I do § 4º. do art. 2º. Talvez se pudesse dizer que, ainda quanto aos efeitos jurídicos que decorreriam do acolhimento desta tese, as demais ordens federadas estariam obrigadas ao atendimento do valor-piso disciplinado pela Lei n. 11079/2004 até que produzissem suas legislações específicas, matizando-o relativamente aos interesses regionais e locais.

Insisto em rejeitar a tese que pretende negar o caráter de norma geral daquela regra. Agora o faço sob a perspectiva do conteúdo mais específico da norma, tomando-se em causa os parâmetros de sua definição. Se acima pretendi demonstrar que a espécie temática objeto daquela regra afigura-se *central e geral*, atendendo à exigência do tipo normativo das normas gerais, tentarei agora demonstrar que ela segue assim qualificada ainda sob o ângulo da parametrização mais específica traçada pelo seu conteúdo, isto é: quando delimita parâmetros financeiros exigentes para admitir a validade da roupagem contratual concebida.

Nesta missão, pretenderei demonstrar que aquela regra, tal como parametrizada, recobre um *interesse nacional* que justifica a uniformização da disciplina em todo o território nacional.

Por primeiro, chamarei a atenção para uma finalidade jurídico-organizativa própria dos sistemas jurídicos - própria, portanto, do sistema do contrato administrativo. Trata-se de dizer que, sob uma perspectiva externa ao modelo da PPP - mas interna ao subsistema do direito do contrato administrativo⁶⁹⁴ -, aquela prescrição guarda uma função jurídico-organizativa, com propósito de melhor delimitar as modalidades contratuais genericamente desenhadas, evitando-se a

⁶⁹⁴ Abrangente dos modelos do contrato administrativo geral (Lei n. 8666/93), do contrato de concessão de serviços públicos (Lei n. 8987/95) e do contrato de parceria público-privada (Lei n. 11079/2004).

superposição de regimes jurídicos. Particularmente, essa função releva-se mais evidente quando se toma em conta a modalidade de concessão administrativa, cujo objeto é equiparável sob alguns ângulos ao objeto dos contratos administrativos gerais (ao contrato de prestação de serviços regido pela Lei n. 8666/93). Assim, a fixação daquele parâmetro (conjuntamente com o estabelecimento de prazo mínimo e outros condicionantes) justifica-se no propósito de evitar a sobreposição de regimes jurídicos, distanciando a concessão administrativa do modelo dos contratos administrativos gerais regidos pela Lei n. 8666/93. O papel de bem preservar a funcionalidade de regimes jurídicos especiais deve ser reservado à disciplina da norma geral. As linhas mestras à contratação administrativa que hão de ser obedecidas em todo o território nacional devem acolher uma adequada delimitação funcional dos tipos postos à disposição da Administração. Como aludiram os diversos pareceres que vieram à luz ainda durante a gestação do projeto de PPP, a proposta de se fixar valor mínimo para os contratos desta natureza amparou-se no objetivo de preservar a aplicação do regime jurídico da Lei n. 8666/93 para ajustes menos expressivos, evitando-se a migração generalizada ao modelo das PPPs (dada a atratividade à Administração da engenharia financeira pressuposta)⁶⁹⁵. Alude-se então ao risco da banalização do modelo das parcerias, incorrendo-se numa espécie de desorganização do sistema administrativo-contratual vigente no direito brasileiro no que toca à separação (e identificação) funcional de seus modelos constitutivos. As parcerias serão assim uma tipologia geneticamente vocacionada a projetos de maior envergadura financeira.

⁶⁹⁵ Essa preocupação vem evidenciada no voto do Relator Senador João Tenório, ao transitar pela Comissão de Serviços de Infra-Estrutura do Senado o Projeto de Lei da Câmara nº 10, de 2004 (PL nº 2.546, de 2003, na Casa de origem), alterado posteriormente para a versão final do Substitutivo que deu origem à Lei Geral de PPPs, em que se consignou: “Em que pesem todos os argumentos aqui lançados, tendo em vista as negociações mantidas com os representantes do Poder Executivo, e até mesmo para viabilizar a aprovação consensual do substitutivo, atendendo a pleito que nos foi apresentado pelos representantes do Poder Executivo, os quais sustentam que, em algumas hipóteses, poder-se-ia justificar-se a adoção do modelo de PPP para os contratos de execução de obra, houvermos por bem manter os incisos III e IV, mas prevendo valor mínimo para a contratação, com vistas a evitar que as PPPs se tornem lugar comum e façam da Lei Geral de Licitações letra morta. Com efeito, a adoção do modelo de parceria público-privada na execução pura e simples de obra para a administração pública, nos termos do projeto, abriria a possibilidade de se afastar dos contratos de obra pública, de uma maneira generalizada, o regime da Lei nº 8.666, de 1993, o que não nos parece razoável. Esse diagnóstico ainda é mais preocupante quando notamos que o projeto sequer fixou limites financeiros ou temporais mínimos para a classificação de um contrato como de PPP. Nesse ponto, também entendemos pertinentes as preocupações manifestadas pelo Sinduscon/SP, que propugna a supressão dos mencionados incisos, mas cremos que a fixação de um limite financeiro mínimo, somada ao limite temporal que introduzimos no art. 2º, presta-se a afastar a banalização do uso das PPPs em contratos de execução de obra pública”.

Ainda sob um ângulo externo ao modelo, a exigência de valor mínimo do contrato parece fundar-se num postulado de economicidade e eficiência, sendo perceptível um interesse nacional em prestigiar a concentração de recursos em grandes investimentos em infra-estrutura e evitar a perda de escala dos recursos. Por isso também, há forte espaço para a consolidação da presunção de constitucionalidade da norma (como norma geral), como bem apanha MARCOS JURUENA⁶⁹⁶. Cumpre aquela norma, pois, função voltada à eficiência e à economicidade na manipulação de recursos destinados a projetos estruturantes.

Esta razão, de cunho econômico, prende-se à questão dos *custos de transação*. A realização completa de um projeto de PPP envolve inevitavelmente custos altíssimos e insensíveis à grandeza e ao porte do contrato de PPP. Especialmente, a missão de avaliação de riscos pressupõe uma multiplicidade de estudos de elevada complexidade. “Harmonizar a diversidade de interesses é tarefa complexa e que envolve consultores, técnicos, advisors financeiros e muitos advogados, o que faz com que os *Project Finance* sejam soluções onerosas” – apontam CLAUDIO AUGUSTO BONOMI e OSCAR MALVESSI⁶⁹⁷. Considerados os inúmeros mecanismos de mitigação de risco, materializados na forma de contratos, conclui-se que “o empreendimento necessita dispor de um nível de resultados suficiente para suportar esses encargos, estabelecendo-se, dessa forma, uma premissa decorrente. Empreendimentos de pequeno porte não são adequados para essa estruturação financeira, pois não possuem massa crítica suficiente para absorver todos esses dispêndios”.⁶⁹⁸

Verifica-se, então, inexistir uma relação de proporcionalidade entre o porte financeiro de uma PPP, ou o valor estimado ao contrato, e as despesas de produção do projeto. Isso acarreta uma espécie de perda de economia de escala à medida que decresce o valor do contrato. Como o valor dos custos de um projeto de PPP

⁶⁹⁶ Como refere o autor: “É claro que o objetivo da norma foi evitar a descaracterização das concessões comuns, com emprego pulverizado de recursos, o que retira a escala de grandes investimentos, dos quais o país carece, podendo ser aplicado um juízo de presunção de constitucionalidade em função de estar a norma geral fixando uma densificação do princípio da economicidade, evitando a perda de escala dos recursos e a inviabilização de projetos de grande porte. Tanto isso é certo, que o art. 4º, I, explicita a diretriz de eficiência nas missões e no emprego dos recursos da sociedade”. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 36.

⁶⁹⁷ *Project Finance no Brasil – Fundamentos e Estudos de Casos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

⁶⁹⁸ *Project Finance no Brasil – Fundamentos e Estudos de Casos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

apresenta-se pouco sensível a variações na dimensão econômico-financeira do projeto, quanto maior for o porte financeiro do empreendimento, melhor será o aproveitamento econômico do custo do projeto, menor serão os custos de transação envolvidos na operação⁶⁹⁹.

Essa uma das razões pelas quais se constata que, no Brasil, assim como fora dele, têm sido quase inexistentes *project finances* inferiores a US\$ 100 milhões⁷⁰⁰.

Portanto, é preciso entender a norma à luz também da diretriz de eficiência e ganhos de produtividade que se impõe às PPPs (incisos I e VII do art. 4º). Modelar ajustes de parceria público-privada a partir de contratos de pequena dimensão econômico-financeira importa suportar custos transacionais elevados. A finalidade de reduzir custos de transação, ampliando a economicidade e a eficiência nas contratações administrativas, orientou, por isso, a configuração de um valor-piso para contratos de PPP.

Todas estas ponderações conduzem a afirmar a natureza daquela norma como *norma geral*. E acrescento: norma geral acerca de *contrato administrativo*, recusando a tese de que o dispositivo versaria sobre *norma geral de direito financeiro*. Ainda que já se tenha superada a tese segundo a qual os institutos da licitação e do contrato administrativo respeitariam ao direito financeiro (e não ao direito administrativo propriamente dito) – polêmica que se instalou na vigência da Constituição passada -⁷⁰¹, fato é que algumas peculiaridades do modelo das parcerias público-privadas nitidamente alusivas ao direito financeiro têm conduzido alguns autores a ver nesta modalidade objeto do campo regulatório do direito financeiro. Mais precisamente, a exigência de valor mínimo do contrato - lido por

⁶⁹⁹ Como anotam ROBERT COOTER e THOMAS ULEN, os custos de transação em muitos contratos são pequenos em relação ao excedente derivado da cooperação; “en otros casos estos costos de transacción son grandes en relación con el excedente derivado de la cooperación. En efecto, estos costos de transacción son a menudo tan grandes en relación con el excedente que impiden la cooperación”. *Derecho Y Economía*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 267.

⁷⁰⁰ *Project Finance no Brasil – Fundamentos e Estudos de Casos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

⁷⁰¹ A cogitação relembra a polêmica instalada ainda ao tempo da Constituição passada, quando, não havendo previsão acerca da competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contrato administrativo, inferiam alguns daquele texto que estes institutos correspondiam ao campo do direito financeiro, emprestando assim a competência privativa da União para editar normas gerais sobre direito financeiro (alínea “c” do inciso XVII do art. 8º) à regulação das licitações e contratos administrativos. Mas a discussão restou superada com a expressa previsão da nova Carta à competência inscrita no inciso XXVII do art. 22, atribuindo-se à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contrato administrativo.

aqueles autores como valor a ser investido pelo parceiro privado na esfera da parceria - é admitida como norma de direito financeiro, o que lhes dá a convicção de ser norma geral de direito financeiro. No entanto e sem recusar a existência de normas de direito financeiro no bojo do modelo das PPPs, não me parece que a regra que fixa valor mínimo do contrato assim se qualifique. É que, como referi, esta disciplina é elemento constitutivo da configuração jurídica da modalidade da PPP, respeita à delimitação do tipo contratual da parceria. Ainda que indiretamente reflita no tratamento do direito financeiro, como, de resto, refletem um sem-número de outros temas abrangidos no campo do direito administrativo, devem ser tratadas como questão de direito contratual administrativo.

Os argumentos da contra-tese, engenhosamente construídos por LUIZ TACÍSIO FERREIRA, resumem-se a reconhecer que (i) versa a norma acerca de obtenção de receita de financiamento (não importando de ocorre ou não seu ingresso e contabilização no caixa do Estado); (ii) tem a norma caráter financeiro principal e necessariamente pelo lado da despesa pública, já que “implica (i) o nascimento de obrigação de pagamento – que poderá ser satisfeita pelo parceiro público até mesmo de modo direto ao financiador (art. 5º., § 2º., II) -, decorrendo dela (ii) a sua necessária contabilização, (iii) a obrigação de planejamento de orçamento plurianual, (iv) o endividamento de longo prazo da pessoa pública e tocando, certamente, (v) a questão da gestão fiscal responsável”⁷⁰².

Com respeito aos argumentos levantados, não vejo nestas hipóteses situações que singularizariam os contratos de parceria (especialmente a *concessão administrativa*, que é a modalidade que melhor cabe nas críticas apontadas) sob o ângulo financeiro. Isto é: as situações apontadas poderiam ser reconduzidas a qualquer atividade contratual administrativa. Explico: a obtenção de receita sem contabilização como tal, como uma operação *indiretamente* financeira (ou financeira de um ponto de vista prático), ocorre em toda a contratação administrativa, uma vez que, sob certo ângulo, o contratado, seja num contrato concessório, seja num contrato administrativo geral, financia a execução das prestações que serão tomadas pela Administração ao final do adimplemento, a partir do pagamento de um preço. Esse financiamento é operação subjacente a todo contrato, sendo que,

⁷⁰² *Parcerias Público-Privadas – Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 37.

admiti-la como objeto do direito financeiro, seria absorver o instituto do contrato administrativo nesse ramo do direito, eliminando daí a utilidade da prescrição inscrita no inciso XXVII do art. 22 da CF.

Aliás e relativamente às concessões patrocinadas, o mecanismo de “obtenção de receita” (que aproveita apenas mediatamente à Administração), auto-alimentador do sistema de remuneração concessório, em nada destoa do sistema convencional das concessões, desde sempre tratadas como matéria própria dos domínios do direito administrativo.

Pelo lado da despesa pública, não vejo, por igual, a singularização do tratamento das PPPs ao problema. O nascimento de obrigação de pagamento também decorre de todo contrato administrativo, sendo que a hipótese de satisfação do crédito do parceiro privado diretamente ao agente financiador em nada foge ao tratamento do contrato administrativo ou da teoria dos contratos. Trata-se, esta, de uma garantia à figura do agente financiador do projeto. Situações similares podem ser encontradas no regime tradicional das concessões (comuns) de serviços públicos – e jamais se cogitou de tratá-las à luz do direito financeiro. Por outro lado, as decorrências indicadas também não são situações alheias ao regime convencional dos contratos administrativos. Lembre-se que a contabilização de despesas futuras em plano plurianual é exigida nos contratos de prestação continuada regidos pelo art. 57 da Lei n. 8666/93, assim como a gestão fiscal responsável repousa sobre toda a atividade administrativa que gera despesas à Administração.

Por isso, aquela regra é norma (geral) de direito administrativo.

2.5 SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS QUE CONDUZEM AO RECONHECIMENTO REGRA DO INCISO I DO § 4º. DO ART. 2º

Resumindo tudo, posso dizer que a norma do inciso I do § 4º. do art. 2º, ao veicular a exigência de um valor mínimo para ajustes de PPP, é sim norma geral de direito administrativo, uma vez que:

a) a exigência de valor-piso é peça constitutiva de aspectos essenciais do tipo legal da PPP. Como a Constituição outorgou competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de modalidade de contrato administrativo, a veiculação

de elemento central ou essencial da configuração do tipo legal é, fora de dúvida, matéria afeta à norma geral;

b) a exigência de valor-piso recobre um interesse nacional, que lhe exige a unificação de tratamento jurídico em todo o território nacional. O interesse transcendente se demonstra:

b.1) na própria configuração normativa de modalidade de contrato administrativo em seus traços formativos, como é o valor-piso. A subtração ou relativização do valor-piso poderá produzir a desfiguração do modelo, desequilibrando a relação de correspondência que há entre ele e certos comandos do regime jurídico da PPP;

b.2) na função organizacional do sistema jurídico do contrato administrativo, prestando-se o valor-piso a melhor delimitar o uso do modelo da PPP relativamente a outros regimes – o que ganha relevância na autonomização da PPP, vista sob o figurino da concessão administrativa, em contraste com o contrato administrativo geral (Lei n. 8666/93);

b.3) por recobrir a prescrição do valor-piso aplicação dos princípios da economicidade e da eficiência, ao prestigiar a concentração de recursos em grandes investimentos em infra-estrutura e evitar a sua perda de escala, e, ainda, ao promover a economia dos custos de transação, uma vez que as PPPs envolvem (em todos os casos) altíssimos custos de projetos, insensíveis à grandeza do contrato, o que exige, para evitar seu uso antieconômico, que o contrato possua expressiva dimensão econômico-financeira.

2.4 O QUE SE DEVE ENTENDER POR “VALOR DO CONTRATO” NA DICÇÃO DA REGRA DO INCISO I DO § 4º. DO ART. 2º?

A regra do inciso I do § 4º. do art. 2º não é clara ao delimitar hipótese de vedação de parceria público-privada a partir do valor insuficiente do contrato. A norma afasta o cabimento do modelo das PPPs “quando o valor do contrato for inferior a R\$ 20 milhões”. Uma dúvida hermenêutica que surge de logo diz com o significado da locução *valor do contrato*.

A doutrina não é uníssona quanto ao tratamento desta questão. Alguns defendem referir a expressão à globalidade dos investimentos aportáveis pelo

parceiro privado⁷⁰³; outros, ao valor estimado do contrato⁷⁰⁴. Há ainda aqueles que inferem as duas possibilidades interpretativas a depender do exame do caso concreto⁷⁰⁵.

É preciso compreender o sentido da expressão *valor do contrato* a partir de uma visão sistemática e finalística da lei. Como visto atrás, o valor mínimo do contrato como condição à validade de uma PPP integra-se sistemicamente numa auto-organização do regime jurídico desenhado pela Lei, que pressupõe um nexo relacional entre a configuração de certo tipo normativo e as conseqüências jurídicas que decorrem de sua subsunção. Quando a norma acolhe determinados atributos a integrar a hipótese da PPP é porque estes traços importam no desencadeamento dos conseqüentes prescritos pelo regime jurídico respectivo. O valor mínimo do contrato, por isso, integrado que está – pode-se dizer – na configuração mais ampla do tipo normativo da PPP, não pode ser lido isoladamente do contexto sistemático da Lei, ou desinteressado de sua teleologia própria.

No âmbito sistemático do regime jurídico da PPP, a fixação de um piso para o valor do contrato possui duas finalidades mais relevantes: (a) reservar a aplicação do regime das PPPs a contratações mais onerosas, evitando-se sua utilização como via de substituição do regime dos contratos administrativos gerais (raciocínio que pressupõe a modalidade de concessão administrativa); e (b) justificar a possibilidade de aplicação do sistema de garantias às obrigações contraídas pelo parceiro público em benefício do parceiro privado. Ademais destas finalidades, as restrições fiscais e o reforço dos controles social e financeiro acolhido pela legislação de PPP pressupõe, bem assim, ajustes expressivos, achando-se também aqui uma função que orienta a fixação normativa de um valor mínimo para as PPPs.

⁷⁰³ SUNDFELD, Carlos Ari. “Guia Jurídico...”, p. 26.

⁷⁰⁴ Conforme GASPARINI, Diógenes. “Visão Geral das Parcerias Público-Privadas”, In Parcerias Público-Privadas. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 40.

⁷⁰⁵ Como anota CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA, “O dispositivo não esclarece o que se pretende significar com “valor do contrato”. Como a expressão é amplamente utilizada na Lei n. 8666/93, aplica-se, em princípio, a disciplina já existente acerca de sua determinação. No entanto, as peculiaridades da PPP podem conduzir a uma interpretação diversa, adotando-se como referência ou o valor presente líquido (VPL) do empreendimento – o que daria a sua dimensão econômica efetiva – ou o montante dos investimentos a serem feito pelas partes. Deve-se adotar a solução mais adequada à finalidade do texto legal em cada caso concreto. Nada impede que se apure um valor de contrato para o efeito do art. 2º, § 4º, I, e se adote um valor menor (p. ex. o valor dos investimentos do parceiro privado) como referência para o cálculo das garantias de proposta e de execução. “O processo licitatório...”, p.215.

Pois bem. A primeira finalidade invocada estaria posta em xeque se ao “valor do contrato” fosse atribuído o significado que o considera como o somatório de todos os preços pagos pela Administração (no âmbito da concessão administrativa) ao parceiro privado. Sendo que o prazo máximo admitido ao ajuste de PPP é de 35 anos (e o mínimo, no que refere à prestação do serviço, é de 5 anos), caso assim fosse, estaria aberta a porta para modelar simples ajustes de prestação de serviços, carentes de investimentos expressivos, sob a roupagem das PPPs, em substituição ao seu regime próprio (Lei n. 8666/93). Incurrir-se-ia, daí, no risco de multiplicação de ajustes de PPPs, usando desse modelo para abrigar prestações singelas e desvinculadas de investimentos relevantes aportáveis pelo parceiro privado - desprovidas, então, dos qualificadores pressupostos para a aplicação do modelo das PPPs. Operar-se-ia, portanto, uma espécie de absorção pelo regime de PPP de hipóteses afeitas ao regime dos contratos administrativos gerais. Estaria instalada uma zona ampliada de superposição dos regimes, situação que desafia o encaixe sistemático de cada um dos modelos internalizados no sistema dos contratos administrativos. A preservação, por isso, de uma auto-organização sistemática dos modelos normativos, pressupondo-se uma vocação específica para cada qual, restaria ameaçada pela interpretação extensiva da voz “valor do contrato” veiculada no dispositivo legal.

A segunda finalidade apontada (que se prende à primeira) parece-me de maior relevância no âmbito deste exame sistemático-teleológico. A ausência de um certo nível de investimentos aportáveis pelo parceiro privado na esfera de um ajuste concessório esvaziaria a causa dos “benefícios” acolhidos pelo modelo das PPPs. Lembre-se que este modelo pressupõe garantias diferenciadas aos contratantes-colaboradores da Administração, num regime que se serve inclusive de um ente com personalidade jurídica e dotado de patrimônio próprio e suficiente a garantir as obrigações envolvidas no contrato de PPP. Não seria excessivo dizer que este sistema de garantias configura a tônica do regime das PPPs – especialmente naquilo que distancia as concessões patrocinadas das concessões comuns de serviços públicos. A prevalecer, assim, o valor do contrato como a soma de todas as prestações envolvidas no ajustes de PPP, integrado, então, também, pelas contraprestações da Administração Pública, elimina-se a relação de causa e consequência pressuposta pelo regime das garantias. Isso permite entender que o

valor mínimo do contrato foi concebido para ser um valor de investimentos mínimos que devem ser aportados pelo parceiro privado no âmbito das PPPs.

Por isso tudo, entendo que a expressão valor do contrato deve ser lida a partir de um enfoque sistemático-teleológico, em substituição (ou em complementação) à sua interpretação literal. Como tal, só pode ser compreendido como grandeza que traduza o conjunto dos investimentos aportáveis pelo parceiro privado.

Não se nega a dificuldade, em muitos casos, a se precisar essa grandeza. Inviável, por isso, esgotar o tema, sob o ponto de vista dos critérios e fórmulas para estimar valores decorrentes de investimentos realizáveis nestes contratos, no domínio da ciência jurídica. Deve-se socorrer aqui de interdisciplinariedade, ficando também a cargo da ciência da contabilidade o esforço em construir critérios precisos para que se evolua neste enfrentamento.

3. HIPÓTESE DO INCISO II DO § 4º. DO ART. 2º. DA LEI GERAL DE PPP: QUANDO O PERÍODO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO FOR INFERIOR A 5 ANOS

O inciso II do 4º. do art. 2º. da Lei Geral de PPP veda a celebração de ajustes de PPP quando o período de prestação do serviço for inferior a 5 anos. A norma deve ser complementada pela prescrição do inciso I do art. 5 daquela Lei, que o delimita entre 5 e 35 anos.

O prazo mínimo atinente ao período de prestação do serviço cumpre finalidade equivalente àquela subjacente ao valor mínimo como condição à validade das PPPs; particularmente, a função de, no âmbito da auto-organização sistemática dos modelos normativos vocacionados à contratação administrativa, distanciar o formato PPP do formato dos contratos administrativos gerais.

Todas as razões desenvolvidas acima a propósito da categorização da norma do inciso I do § 4º. do art. 2º como *norma geral* podem ser aplicadas ao inciso II. Entendo-o como norma geral, invocando três grupos de argumentos, que podem ser assim resumidos:

(1) A matéria é atinente à delimitação-definição de modalidade de contrato administrativo, servindo ao exercício da competência legislativa privativa da União para edição de normas gerais (inciso I do art. 22 da CF). Assim como referido acerca

da questão do valor-piso, a delimitação do prazo mínimo é questão que se prende com aspectos *centrais* da definição de uma *modalidade* de contrato administrativo; define uma condicionante de validade para o uso do modelo, delimitando o seu tipo fático. Sendo assim, desempenha o papel constitucionalmente demarcado para as normas gerais: regula um tema central na delimitação de modalidade de contrato administrativo;

(2) a parametrização de prazo mínimo justifica-se na coerência da modelagem financeira que marca a genética da tipologia das PPPs. Alguns efeitos jurídicos da aplicação do modelo das PPPs se justificam neste dimensionamento. A aplicação do sistema garantias, por exemplo, reserva-se aos casos em que o parceiro privado incumbe-se da execução de serviços (a partir investimentos mínimos aportados) por período mínimo. O raciocínio aplica-se particularmente às concessões administrativas. Uma modelagem que pode ser interessante ao incremento da infra-estrutura pública na execução projetos estruturantes é aquela que envolve a construção de obra pública associada à prestação de serviços por período necessário à amortização dos investimentos. Penso que esse seja o caso emblemático que justifica a situação de prazo mínimo de execução do serviço como condicionante da validade das PPPs.

(3) a fixação do parâmetro justifica-se no propósito de evitar a superposição de regimes jurídicos, diferenciando hipóteses do uso da concessão administrativa e do modelo dos contratos administrativos gerais regidos pela Lei n. 8666/93. A função de preservar a funcionalidade de regimes jurídicos especiais deve ser reservada à disciplina da norma geral. No regime da Lei n. 8666/93, serviços que pressupõem prestação continuada têm prazos máximos delimitados em 60 meses, a teor do art. 57 – que podem ser alargados excepcionalmente por mais 12 meses (por fatos imprevisíveis e supervenientes). Não por acaso, então, o legislador das PPPs fixou o período mínimo de prestação de serviços em 5 anos.

3.1 A DELIMITAÇÃO DO PRAZO DA PPP

O prazo mínimo do contrato de PPPs será de 5 anos, considerando que o período de prestação do serviço não pode ser inferior a 5 anos. O prazo máximo do contrato de PPP será de 35 anos, incluindo eventual prorrogação (inciso I do art. 5º).

A Lei estabelece que o prazo será fixado de modo compatível com a amortização dos investimentos realizáveis na concessão. Trata-se de uma lógica inerente ao modelo concessório. Como contrato que exige pesados investimentos, a concessão exige prazo adequado à sua amortização. Justamente por isso o prazo de exploração do serviço configura relevante elemento da configuração econômico-financeira da concessão patrocinada.

A fixação do prazo obedecerá inicialmente às previsões de ingresso de recursos na concessão, considerados os aportes do Poder Público à guisa de contraprestações pecuniárias e outras receitas. Logo e numa hipótese de concessão patrocinada, a estipulação do prazo mantém direta relação com o *quantum* reservado à contraprestação pecuniária do Poder Público – que se configurará de modo residual à absorção das demais fontes de financiamento da concessão. Numa lógica simplista, seria correto dizer que, quanto maior o prazo, menor serão os desembolsos realizáveis pelo Poder Público ao longo da concessão para complementar a receita do concessionário. Mas evidentemente há outros fatores que devem ser sopesados na missão de fixar o prazo da concessão (patrocinada). A questão toda não se resume a exames econômico-financeiros.

A assertiva relativiza uma pressuposição acerca da prevalência (em tese) da concessão comum relativamente à concessão patrocinada – e desta relativamente à concessão administrativa. É relevante então perceber que a configuração do prazo poderá estar amparada em razões que precedem interesses exclusivamente econômico-financeiros, o que conduzirá, nestes casos, a Administração a valer-se da fórmula da concessão patrocinada como meio de abreviação da implementação de certos empreendimentos.

Em muitos casos o prazo, em si, deixará de ser um fator acessório, na acepção de que acompanhará sempre a configuração eleita ao custeio e financiamento do projeto, amoldando-se à estruturação ditada por critérios de natureza exclusivamente econômico-financeira. Não são desprezíveis as hipóteses em que o Poder Público opta por concessões de perfil menos alongado com propósito de intensificar a execução de obras e serviços prementes. Pode-se imaginar inclusive a necessidade de tornar uma concessão que, em tese, possa se estruturar de modo financeiramente auto-sustentável (concessão comum), em concessão patrocinada. Esta configuração depende da produção de uma

diversidade de estudos, os quais pautarão escolhas discricionárias da Administração – considerando-se a latitude de ação própria já limitada pelos princípios da eficiência, economicidade etc.

Há, ademais, valores prezados pelo direito que devem ser considerados. A proteção da livre competição, por exemplo, tem sido um aspecto limitador de prazos muito longos em contratos de parceria. No direito europeu, o *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas em Matéria de Contrato Público e Concessões* refere que “o período em que o parceiro privado assumirá a exploração de uma obra ou de um serviço deve ser estabelecido em função da necessidade de garantir o equilíbrio económico e financeiro de um projecto. A duração da relação de parceria deve, sobretudo, ser fixada de modo a não restringir ou limitar a livre concorrência para lá do necessário à garantia de amortização dos investimentos e a uma remuneração razoável dos capitais investidos. Uma duração excessiva é susceptível de ser censurada com base nos princípios que regulam o mercado interno ou nas disposições do Tratado em matéria de concorrência”.

Portanto, a definição do prazo em contratos de PPP deverá ser calibrado caso a caso, resultando da melhor coordenação entre estes diversos aspectos, sendo certo que seu dimensionamento deverá, sempre, atender à necessidade de amortização dos investimentos aportáveis no contrato, segundo a lógica da economicidade e da eficiência.

CAPÍTULO III

O REGIME DAS GARANTIAS NAS PPPS

1. INTRODUÇÃO

Como contratos de grande dimensão econômico-financeira e de alta longevidade, as PPPs dependem, para conquistar uma adequada segurança jurídica à eficiente estabilização de seus efeitos, da previsão de *garantias* ao cumprimento das obrigações dos parceiros. Neste aspecto, um dos pontos de grande relevância na construção do regime jurídico das PPPs esteve no fortalecimento da segurança jurídica destes contratos, o que passou pela configuração de um sistema bem específico de garantias, envolvendo, inclusive, a consagração de modalidades de garantias ao parceiro privado.

Diferentemente, portanto, dos sistemas convencionais de garantias contratuais aplicáveis aos contratos administrativos em geral, exclusivamente vocacionadas a acautelar a Administração contra riscos de inadimplemento do contratante-particular, o sistema de garantias da PPP acolheu, também, garantias acautelatórias ao parceiro privado⁷⁰⁶. Neste contexto, a Lei Geral de PPP erigiu um sistema que pressupõe (pioneiramente) a *reciprocidade* de garantias, admitindo-se tanto garantias (i) destinadas a acautelar o parceiro público quanto a eventuais prejuízos causados pelo parceiro privado no âmbito do contrato de parceria; como aquelas (ii) destinadas a acautelar o parceiro privado em face de eventuais inadimplementos incorridos pelo parceiro público. Cabe examinar especificamente cada um destes regimes.

3. AS GARANTIAS AO PARCEIRO PÚBLICO

Como é sabido, as garantias acautelatórias da Administração Pública é exigência convencional de todo e qualquer contrato administrativo que envolva certa dimensão econômico-financeira. O art. 56 da Lei Geral de Contratos Administrativos prevê as modalidades de (i) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública (com

⁷⁰⁶ Essa previsão bem exemplifica o atual estágio evolutivo a propósito da exegese das contratações administrativas, que se movimenta em aproximação às teorias do contrato privado. Um adequado sistema de garantias é fator fundamental tanto à gestão dos custos de transação como à gestão dos *incentivos* às partes contraentes, de modo a permitir resultados otimizados decorrentes da relação contratual.

emissão sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda); (ii) seguro-garantia e (iii) fiança bancária. As construções já existentes a propósito da exegese do art. 56 da Lei n. 8666/93 devem ser incorporadas ao tratamento das parcerias público-privadas neste particular.

A exigência de garantia a ser prestada pelo parceiro privado é prevista pela Lei Geral de PPP. O inciso VIII do art. 5º estabelece como cláusula necessária aos ajustes de PPP a previsão quanto à prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução *suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos*, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666/93, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987/95 (inciso VIII do art. 5º).

As garantias ao parceiro público consistem, portanto, numa cláusula obrigatória do contrato de PPP, não se traduzindo o seu estabelecimento em faculdade do parceiro público (das partes contraentes). Ao contrário do regime dos contratos administrativos gerais, que deixa a critério da autoridade pública a instituição de garantias caso a caso⁷⁰⁷, o tratamento jurídico das PPPs - por pressupor necessariamente ajustes de prazos alongados, dotados de autonomia gerencial do concessionário e de grande dimensão econômico-financeira - exige a previsão de garantias ao parceiro público em todos os casos, graduadas segundo regras específicas aplicáveis à concessão administrativa e à concessão patrocinada.

Para as concessões administrativas, a letra do inciso VIII do art. 5º da Lei n. 11079/2004 explicitamente remete a exigência de garantia de execução pelo parceiro privado ao limite disposto no § 3º do art. 56 da Lei n. 8666/93, que, reportando-se ao § 2º do mesmo artigo, prescreve que “para obras, serviços e

⁷⁰⁷ O caráter discricionário quanto ao estabelecimento de garantias é reconhecido pela doutrina especializada. Ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 199; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contrato*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 460; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contrato Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 662.

É recomendada a fixação de garantias pelo Tribunal de Contas da União sempre que o objeto do contrato “tratar de obras e serviços de maior complexidade ou de maior valor, a fim de se proteger de eventual inexecução das obras ou serviços (arts. 6º, inc. VI; 31, inc. III e § 2º; 55, inc. VI; 56, *caput* e parágrafos; 65, inc. II, alínea “a”; 80, inc. III; 86, § 2º, da Lei nº 8.666/1993)”. TCU, Acórdão nº 943/2004, Rel. Marcos Bemquerer, DOU de 23/07/2004.

fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente”, o limite ordinário de garantia de 5% do valor do contrato - previsto no parágrafo § 2º do artigo - poderá ser elevado para até 10% do valor do contrato.

Um problema hermenêutico que surge a propósito da remissão pelo inciso VIII do art. 5º da Lei n. 11079/2004 ao § 3º do art. 56 da Lei n. 8666/93 diz com a sua remissão *mediata* ao disposto no § 2º do mesmo artigo, o que colocaria questão acerca da excepcionalidade da hipótese do § 3º do art. 56 da Lei n.º 8666/93 como pressuposto à aplicação do limite de 10% do valor do contrato - prevalecendo a regra geral que fixa à prestação de garantia o limite em 5% do valor do contrato. Isto é: põe-se o problema de saber se o limite de 10% do valor do contrato estabelecido pelo § 3º do art. 56 da Lei n.º 8666/93 à prestação de garantias será assim entendido como uma referência automaticamente aplicável às hipóteses de concessão administrativa, ou se, diversamente, será um valor-limite excepcionalmente autorizado mediante a demonstração dos pressupostos que se contêm na sua *fatispécie*.

Não se pode desconsiderar neste enfrentamento que a regra do inciso VIII do art. 5º da Lei n. 11079/2004 faz remissão *direta* ao § 3º do art. 56 da Lei n.º 8666/93 (sem qualquer remissão à regra do § 2º daquele artigo), o que supõe uma adequação presumida da concessão administrativa à hipótese de “obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis”, eliminando-se a sua natureza de *regra excepcional*. Relativamente à concessão administrativa, é válido concluir, o limite previsto no § 3º do art. 56 da Lei n. 8666/93 impõe-se como um valor objetivo, que tem natureza de regra geral (não-excepcional).

Essa conclusão hermenêutica acarreta a *desnecessidade* de *demonstração*, para fins de aplicação daquele limite, caso a caso, acerca da subsunção do arranjo de concessão administrativa concretamente delineado à hipótese de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, a partir da elaboração de *parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente*. Ou seja: para além das demonstrações e justificações já exigíveis acerca da configuração concreta que se dê a certo arranjo contratual de

PPP (o que envolve também a justificação acerca do valor da garantia contratual), não se faz exigível a demonstração prevista pelo § 3.º do art. 56 da Lei n.º 8666/93 como *condicionante* à viabilidade em se praticar o limite de 10% do valor do contrato para fins de prestação de garantias.

Note-se, também, que, nos casos de contratos de PPP que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará *depositário*⁷⁰⁸, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Já para as concessões patrocinadas não vigem estes limites. Empresta-lhes o regime de garantias acolhido pela Lei n.º 8987/95. As garantias devem ser calibradas caso a caso; na hipótese de concessão patrocinada precedida da execução de obra pública, as garantias devem estar limitadas ao valor da obra.

Noto que a escolha pela modalidade de garantia caberá ao contratado⁷⁰⁹. A alusão do art. 5º da Lei n. 11079/2004 a que as garantias de execução sejam *suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos* deve ser lida como um balizador exclusivamente *quantitativo* do valor da garantia, pois me parece aplicável às PPPs a disposição do § 1º do art. 56 da Lei n. 8666/93, que defere ao contratado a escolha por uma das modalidades relacionadas naquele artigo. Presume-se que todas as modalidades elencadas no art. 56 sejam qualitativamente adequadas à salvaguarda dos direitos da Administração, sendo que o deslocamento da escolha do tipo da garantia à esfera do contratado tem por função buscar a ampliação do universo de ofertantes, assegurando-se a universalidade da licitação. Trazendo o catálogo hipóteses que presumidamente são, todas elas, satisfatórias ao atendimento do interesse público quanto ao acautelamento da Administração acerca de eventuais prejuízos causados pelo contratado, a cada proponente deve ser deferida a possibilidade em buscar a via que lhe seja menos onerosa, o que conduzirá à redução dos custos de transação, com a conseqüente redução nos preços das ofertas, produzindo-se a ampliação da competitividade na licitação.

⁷⁰⁸ Vale lembrar, quanto à situação de *depósito* de bens referida pela norma, o comentário de MARÇAL JUSTEN FILHO, que esclarece a invalidade da regra por pressupor uma relação jurídica de depósito na hipótese: “Ainda quando se imponha a integral responsabilidade pelo particular sobre os bens recebidos, isso não o transforma em “depositário” dos mesmos. A relação jurídica entre Administração e particular não é de depósito”. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo Dialética: 2008, p. 664.

⁷⁰⁹ § 1º do art. 56 da Lei n. 8666/93.

Lembre-se, ainda, que, por força do art. 26 da Lei n. 11079/2004, restou modificado o teor do artigo 56 da Lei n. 8666/93, particularmente no inciso I de seu § 1º. A alteração na dicção do dispositivo motivou-se numa fragilidade que revelava sua redação originária, referindo-se apenas a “caução em dinheiro ou títulos da dívida pública”. Disposta assim de forma genérica e lacônica, a letra do dispositivo encorajava a apresentação de títulos da dívida pública sem valor patrimonial compatível com o seu valor nominal. Esse expediente tornava inócua ou pouco efetiva a garantia oferecida ao contrato. O legislador, então, pegou carona na Lei de PPPs para introduzir alteração na letra do inciso I do § 1º do art. 56 da Lei n. 8666/93, acrescentando que, para fins do oferecimento de garantias à Administração, os títulos da dívida pública devem ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda.

3. AS GARANTIAS (AO PARCEIRO PRIVADO) DAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS CONTRAÍDAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na temática das garantias, a Lei Geral de PPP foi além do tratamento tradicionalmente dispensado aos contratos administrativos em geral e previu a possibilidade de instituírem-se garantias ao parceiro privado, buscando-se acautelá-lo com relação a inadimplementos do parceiro público.

No art. 8º da Lei n. 110769/2004 previram-se as *modalidades de garantia* das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada, como sendo: I – vinculação de receitas (observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal); II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Como se observa, desde logo, o rol não é exaustivo, mas meramente exemplificativo. A previsão do inciso VI, como “outros mecanismos admitidos em lei”, indica o caráter *numerus apertus* da relação. Admite-se então que outras hipóteses de garantias previstas pela legislação sejam praticadas pela Administração em contratos de PPP. Quanto a isso, deve-se admitir, ressalvados os óbices impostos pelas normas de direito público, o recurso pela Administração a todas as técnicas jurídicas de garantia disponibilizadas pelo direito privado. Invoque-se a regra que admite a celebração de contratos *atípicos* pela Administração, debaixo da qual se põe a possibilidade de que, respeitadas as limitações constitucionais e legais quanto à concessão de garantia, negócios jurídicos de garantia sejam firmados pela Administração Pública, atrelados a ajustes de PPP.

As garantias serão executadas a partir da verificação do inadimplemento do parceiro público, que deve estar tipificado no contrato de parceria. Segundo o inciso VI do art. 5º da Lei n. 11079/2004, os contratos de PPP deverão prever “os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento” (inciso VI). O contrato deverá conter, então, não só a tipificação das específicas condutas que retratem inadimplemento pecuniário do parceiro público, como o momento em que a garantia poderá ser “acionada” e os procedimentos que deverão reger o seu acionamento.

É evidente que ao contrato caberá, tanto quanto possível e conveniente, a descrição e tipificação das hipóteses de inadimplemento da Administração (e do parceiro privado), ligando-se-lhes as conseqüências jurídico-contratuais correspondentes. Já se disse que, de um prisma econômico e buscando-se uma formatação eficiente dos contratos, deve-se mirar o melhor detalhamento possível quanto às contingências contratuais, ressalvada a insuportabilidade, a partir de certo estágio, dos custos transacionais⁷¹⁰. Assim, não apenas o inadimplemento *pecuniário* do parceiro público, mas as hipóteses de inadimplemento em geral deverão ser retratadas no plano do contrato.

⁷¹⁰ Retome-se que, tal como afirmado por LEWI KORNHAUSER, a partir de certo nível de minúcia, os custos de configuração do contrato passam a superar os benefícios de sua pactuação, o que leva a admitir que os contratos são inevitavelmente incompletos. KORNHAUSER, Lewi. “Derecho de Los Contratos”, *In Elementos de Análisis Económico Del Derecho* (org. HORACIO SPECTOR). Buenos Aires: Rubinzal 2004, p. 115 e ss.

Para fins, contudo, de acionamento da garantia, alude a regra apenas à descrição dos fatos que caracterizem a inadimplência *pecuniária* do parceiro público. A menção à inadimplência *pecuniária* do parceiro público justifica-se na redação inscrita no *caput* do art. 8º da Lei nº 11079/200, que prevê a possibilidade da instituição de garantias ao parceiro privado quanto às obrigações *pecuniárias* contraídas pela Administração Pública.

Poder-se-ia indagar, nesse passo, se contraprestações de outra natureza (que não pecuniárias) poderiam ser garantidas pelo parceiro público.

3.1 A VIABILIDADE QUANTO AO OFERECIMENTO DE GARANTIAS PELO PARCEIRO PÚBLICO AO CUMPRIMENTO DE CONTRAPRESTAÇÕES NÃO-PECUNIÁRIAS

Não vejo impedimento a que isso ocorra. Como será melhor explicado adiante, não é vedado à Administração oferecer garantias em contratos administrativos em geral, hipótese que se põe sob o princípio do recurso à via do contrato como técnica de atuação e gestão administrativa (inciso XXI do art. 37 da Constituição). A própria Lei n. 8666/93, que disciplina aspectos de base dos contratos administrativos em geral, não delimita exaustivamente os tipos contratuais, acolhendo o uso de contratos *atípicos* pela Administração. Reconhece-se certa liberdade de estipulação do conteúdo do contrato pela Administração, o que passa pela admissibilidade de celebração de contratos administrativos que não sejam automaticamente reconduzíveis a um dos *tipos* genericamente definidos pela Lei n. 8666/93 – e por outras leis regentes do tema dos contratos administrativos. É evidente que o conteúdo dos contratos administrativos atípicos não poderá retratar fuga ao regime prescrito pela tipificação legal, problema que se apresenta particularmente preocupante a propósito dos tipos específicos de contratos administrativos, como a concessão de serviços públicos e a parceria público-privada. Não é lícito à Administração produzir um tipo fático ligeiramente dessemelhante dos tipos específicos sob a invocação da permissividade de celebração de contratos atípicos. Fosse isso possível, a tipificação legal seria vazia de sentido, vigendo um princípio de atipicidade *plena* dos contratos administrativos, o que inócorre.

Portanto e de um ângulo do direito do contrato administrativo, negócios jurídicos de garantia podem ser firmados pela Administração, como acessórios a certo contrato. Eventualmente, inclusive, essa pode ser uma exigência mercadológica, assim como ocorre em hipóteses em que a Administração pretenda locar bem imóvel – sendo praxe a exigência de garantias por locadoras de imóveis – mesmo presumindo-se a *solvabilidade* da Administração. Logo, a efetividade da contratação poderá depender de requisitos dessa ordem.

Neste aspecto, o teor do artigo 8º da Lei n. 11079/2004 revela uma função meramente declaratória, não sendo regra que institui hipótese antes proscria ou não-autorizada pelo ordenamento. Respeitados os limites legais e constitucionais, poderá a Administração conceder garantias em contratos administrativos em geral. Isso equivale concluir que não apenas contraprestações pecuniárias, mas de outra natureza, poderão restar garantidas pelo parceiro público em contratos de parceria público-privada. É claro que certas hipóteses, como a de fundos especiais, fundo garantidor ou empresa estatal criada para esse fim, dependem de outros requisitos a autorizar o seu estabelecimento, tal como adiante exposto.

3.2 AS GARANTIAS PRESTÁVEIS PELO PARCEIRO PÚBLICO COMO CLÁUSULA FACULTATIVA DO CONTRATO DE PPP

Vale notar que, diferentemente das garantias prestadas pelo parceiro privado, as garantias prestáveis pelo parceiro público não serão cláusula necessária dos contratos de PPP. Uma interpretação lógico-normativa da Lei revela que garantias desta natureza serão viáveis mas não obrigatórias, dependendo seu estabelecimento do pactuado no ajuste de PPP. Trata-se, portanto, de um aspecto facultativo do regime das PPPs; a previsão normativa a propósito das garantias ao parceiro privado tem caráter dispositivo, prevalecendo no pacto desde que haja vontade das partes.

A despeito disso, considerada a aplicação da diretriz de eficiência e economicidade no cumprimento das missões do Estado, a instituição de garantias ao parceiro privado poderá significar em muitos casos o alcance de uma formatação mais eficiente ao contrato administrativo. Uma das razões que justificaram a concepção do modelo das PPPs reside justamente (como examinado atrás) na

atração do capital privado para o financiamento de projetos estruturantes. Um sistema de garantias que assegure ao parceiro privado vias mais céleres e previsíveis quanto ao ressarcimento de prejuízos suportados diante do inadimplemento do parceiro público favorecerá o fortalecimento da segurança jurídica e a redução dos custos transacionais, tornando a contratação mais econômica e vantajosa à Administração.

Logo, a prestação de garantias ao parceiro privado pode ser uma peça relevante na configuração de um ajuste eficiente⁷¹¹, seguindo-se uma diretriz de eficiência e economicidade na programação das PPPs (inciso I do art. 4º da Lei n. 11079/2004).

3.3 O EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE GARANTIAS

O sistema de garantias ao parceiro privado, no entanto, pode dar margem à construção de teses interpretativas que conduziriam ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade. Sinteticamente, três teses poderiam ser pensadas para inquinar de inconstitucionalidade a sistemática proposta pela Lei Geral de PPP: (1) a tese que sustenta a inconstitucionalidade do art. 8.º, por usurpação da competência do legislador complementar para legislar sobre a concessão de garantias; (2) a tese que supõe a inconstitucionalidade da vinculação de receitas públicas; (3) a tese que propugna pela inconstitucionalidade da previsão de fundos garantidores das obrigações pecuniárias do parceiro público, seja por (3.1) ausência de lei complementar instituidora; seja por (3.2) ofensa ao art. 100 da Constituição Federal, pressupondo-se infração ao sistema de precatórios.

⁷¹¹ Na ótica de LUIZ ALBERTO BLANCHET, a instituição de garantias pode mesmo assumir o caráter de dever jurídico à Administração diante de determinado caso concreto (eliminando-se a discricionariedade): “Pode suceder, por exemplo, que, em determinado empreendimento objeto de parceria público-privada, sejam envolvidos compromissos por parte do parceiro privado de amplitude e custo tais que, se não for prestada nenhuma garantia pelo Poder Público, a única solução para os particulares participantes da licitação seria a inclusão de sobrepreço em suas propostas a fim de evitar prováveis perdas futuras caso a Administração venha a não honrar seus compromissos. Ora, se a Administração previr no edital, ou na minuta do instrumento contratual a ele anexa, a garantia a ser prestada pela Administração, esta será executada somente em caso de inadimplemento por parte do Poder Público. Já no caso de não-previsão de garantia, o sobrepreço pesará sobre o orçamento da parceria em qualquer hipótese independentemente de inadimplemento por parte do Poder Público”. *Parcerias Público-Privadas: Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 50.

O exame destas posições é necessário para se avançar na análise do tratamento das garantias ao parceiro privado em contratos de PPP. As cogitações relacionadas nos itens 2 e 3 acima, que repousam particularmente sobre a hipótese da *vinculação de receitas* e do *fundo garantidor*, respectivamente, serão enfrentadas pontualmente quando do exame dessas modalidades de garantia. Interessa, neste passo, o exame da tese que vê inconstitucionalidade no art. 8º da Lei n. 11070/2004 por usurpação de competência do legislador complementar. É o que se fará a seguir, após breve anotação acerca de alguns pressupostos que devem ser advertidos por ocasião do exame de constitucionalidade das leis.

3.3.1 Pressupostos Hermenêuticos ao Exame da Constitucionalidade

Ainda antes de contrastar os aspectos referidos acima com o texto constitucional, cabe apontar a prevalência de certas regras *instrumentais* na operação hermenêutica do exame de constitucionalidade das leis.

Dois postulados devem ser lembrados, a este propósito: (i) a presunção de constitucionalidade da lei; e (ii) a exigência conformação da lei ao texto constitucional, ainda que em prejuízo de sua dicção literal, quando isso seja juridicamente possível. Não seria despropositado perceber que estas normas (particularmente, a primeira) têm sido modernamente esquecidas pela doutrina e pela jurisprudência, produzindo-se a deturpação da conotação jurídica e política do regime democrático republicano.

O princípio da *presunção de constitucionalidade da lei* traduz duas regras instrumentais à aplicação do direito constitucional aos casos concretos. Na palavra de LUÍS ROBERTO BARROSO: “a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; e b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor”⁷¹².

⁷¹² *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 178.

Estas regras se justificam na afirmação do projeto democrático desenhado pela Constituição. O sistema político brasileiro consagrado constitucionalmente é aquele de cariz democrático, habilitante do Poder Legislativo à produção da lei, legitimado pela representatividade popular de seus membros. Ao Poder Judiciário, subtraído desta condição, outorga-se o controle da aplicação do direito e, inclusive, da constitucionalidade das leis. Mas este controle, no que refere ao enquadramento da lei na moldura da norma constitucional, está adstrito à contenção dos excessos incorridos pelo legislador, que não poderá desafiar o texto constitucional naquilo que dele se ergue como uma disciplina sólida e rígida. Não absorve, porém, o preenchimento dos conteúdos eminentemente políticos da Constituição, que deve estar reservado àquele com legitimidade política para tanto: o parlamento.

Mais do que isso, a *hermenêutica* constitucional deve ser traduzida *originalmente* pelos encarregados de expressar a vontade popular em prejuízo da leitura pelos demais intérpretes da Constituição – em prejuízo, assim, da atuação do Poder Judiciário, cuja função adstringe-se a, fixada a moldura da norma constitucional segundo regras que asseguram a preservação da vontade política do parlamento, conter a porção da lei que a exceda (aos limites dessa moldura).

Desses fundamentos se erige o princípio de presunção de constitucionalidade da lei, que, como visto, traduz regras *instrumentais*, de *aplicação* do raciocínio jurídico de interpretação da Constituição, que orientam o intérprete na fixação da *moldura* da norma constitucional.

A conquista histórica do constitucionalismo não se ergueu sem carregar consigo a tensão relacional que opõe a *força normativa* da Constituição à *vontade política* do parlamento. A aproximação do direito à moral a partir da implantação do projeto constitucional democrático propiciou a expansão do controle de constitucionalidade das leis como mecanismo de garantir a realização dos valores constitucionais frente ao exercício majoritário do legislador; a introjeção da moral no universo jurídico importou ampliar a atuação do juiz constitucional na aplicação do direito, guardião da vontade constitucional que deve ser preservada na produção legislativa. O controle de constitucionalidade, contudo, a pretexto de garantir os valores constitucionais, não pôde ir a ponto de usurpar a função legislativa reservada ao parlamento pelo sistema democrático, deparando-se com um dos grandes dilemas que tem marcado o desenvolvimento da teoria democrática

constitucional: alcançar um equilíbrio na tensão relacional que se estabelece entre o exercício do controle de constitucionalidade das leis e a manifestação da voz popular majoritária no âmbito do parlamento.

Não é difícil perceber historicamente a dificuldade que encontrou o constitucionalismo em conciliar o princípio democrático com um modelo constitucional estável. E a democracia constitucional ainda aspira ao equilíbrio entre o princípio democrático (exercido principalmente pelo legislador e pelo governo) e os limites à política, que se fixam mediante a força normativa da Constituição (operada através do controle de constitucionalidade pelos juízes constitucionais)⁷¹³.

Adquire relevância, então, a análise dos limites ao controle de constitucionalidade das leis – que restara amplificado pela aproximação entre moral e direito, delegando-se ao juiz constitucional a vocação à leitura moral da história prática da comunidade.

É usual objetar dois argumentos ao sistema do controle de constitucionalidade das leis, como anota JUAN CARLOS BAYÓN: (1) se a democracia é o método de decisões por maioria, a primazia constitucional implica restrições ao que a maioria pode decidir; (2) uma vez que os juízes não detêm a delegação de representação popular nem são politicamente responsáveis, não possuiriam legitimidade para invalidar decisões tomadas pelo legislador democrático⁷¹⁴.

A estas objeções se poderia contrapor a réplica de que a democracia não se resume à vontade majoritária. Essa é uma simplificação inadequada do projeto democrático, que se destina inclusive a preservar um catálogo de direitos individuais e de minorias, fruto de um debate procedimentalmente orientado cujo resultado está condensado na vontade constitucional. Assim, uma concepção de *regra de decisão coletiva* de cariz democrático pressuporia compreender que a decisão pela maioria não pode suprimir direitos básicos dos cidadãos (tomados em sua individualidade ou organizados em minorias). A legitimidade do poder judiciário para a apreciação de questões constitucionais deve pressupor o juiz – na esteira da lição de CLÉMERSON MÉRLIN CLÉVE – com “um delegado do poder constituinte”, como o juiz não dos

⁷¹³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 149, 150.

⁷¹⁴ “Derechos, democracia y constitución”, *In Neoconstitucionalismo* (Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 213 e 214.

interesses da maioria, “mas dos interesses permanentes da república”⁷¹⁵ - sendo, daí também, um poder contramajoritário.

Mas o problema subjacente a este confronto entre o controle de constitucionalidade das leis e a vontade majoritária reside no preenchimento pelo juiz constitucional dos conceitos recobertos pelos princípios morais que dão unidade e substância à Constituição. Daí o alvitre de BAYÓN no sentido de que “a verdadeira regra de decisão coletiva com que se compromete quem aceita a primazia da Constituição consideravelmente rígida, combinada com um mecanismo de controle jurisdicional de constitucionalidade, não é na realidade ‘o que decida a maioria, sempre que não vulnere direitos básicos’, e sim – na prática – ‘o que decida a maioria, sempre que não vulnere o que os juízes constitucionais entendam que constitui o conteúdo dos direitos básicos’”⁷¹⁶.

Esta distorção encontra em certos ordenamentos interessantes iniciativas de superação. Neste particular, observam-se os exemplos – lembrados por BAYÓN⁷¹⁷ – do Canadá e da Suécia. O sistema canadense garante ao parlamento a possibilidade de decidir, pela mesma maioria requerida ao processo legislativo ordinário (à exceção de alguns direitos), a propósito da sobrevida de 5 anos de uma lei declarada inconstitucional pelo Tribunal Supremo, podendo sofrer ainda sucessivas renovações pelo mesmo procedimento. Na Suécia, observados alguns pressupostos, o parlamento obtém a emenda do catálogo de direitos que goza de proteção constitucional mais forte pela mesma maioria necessária à aprovação de qualquer lei.

O efeito prático alcançado com estas fórmulas – pontua o mesmo BAYÓN - tem sido uma postura de deferência dos juízes constitucionais relativamente ao Legislativo sempre que a questão parece duvidosa⁷¹⁸.

No direito brasileiro, assim como em muitos países onde se consagra o *princípio da presunção de constitucionalidade das leis*, esta conduta haveria de ser espontaneamente pressuposta pelo juiz constitucional, como respeito à esfera política de preenchimento pelo legislativo. Mas a hipótese é de difícil constatação

⁷¹⁵ “O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais”, *In Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 392.

⁷¹⁶ “Derechos, democracia...”, p. 214.

⁷¹⁷ “Derechos, democracia...”, p. 234.

⁷¹⁸ “Derechos, democracia...”, p. 234.

prática, porquanto se vivencia um ativismo (talvez excessivo) dos tribunais constitucionais – em parte produto de uma crise institucional que atinge os outros poderes do Estado⁷¹⁹.

De todo o modo e num plano jurídico de análise – aceitando-se o direito constitucional como impregnado por *normas-princípios*⁷²⁰, que servem à veiculação de valores e que estabelecem certos canais de interlocução com a realidade fática, acolhendo-se do senso comum noções como moralidade, isonomia etc -, parece inevitável admitir a dificuldade (e a impossibilidade) em reconduzir o juízo de constitucionalidade das leis a parâmetros seguros de controle. Isso porque o juiz constitucional (e o intérprete constitucional) adquire também o papel de traduzir (substancialmente) aquela ordem de valores “positivada” no texto constitucional. Precisamente por esta dificuldade em conciliar o controle de constitucionalidade da lei com a preservação da vontade popular é que surgem *regras procedimentais* como um meio de ampliar a segurança na aplicação do direito, impedindo-se que o direito se dissolva em ponderações de natureza puramente política⁷²¹. Penso que o

⁷¹⁹ Um gravame de não pequena relevância na amplificação do espaço discursivo e de preenchimento axiológico na aplicação do direito pelo controle jurisdicional está na relativização da segurança jurídica, um dos grandes males da do Brasil de hoje. A ausência de parâmetros seguros de afirmação da legalidade à luz de um controle constitucional propicia efeitos danosos ao desenvolvimento do país, elevando-se generalizadamente os custos transacionais. Não por acaso um dos aspectos intensamente examinados pelas doutrinas que se dedicam à interdisciplinariedade entre direito e economia – como a vertente da *law and economics* florescida no direito norte-americano – está na “precificação” dos riscos envolvidos nas transações.

⁷²⁰ Neste particular, bem ressalta ANA PAULA DE BARCELOS que uma Constituição rígida e democrática deve procurar realizar (ao menos) dois propósitos gerais: (a) estabelecer consensos mínimos; e (b) preservar condições para o desenvolvimento do pluralismo político. O equilíbrio entre esses objetivos constitucionais contém-se na distinção entre regras e princípios. As regras constitucionais respondem em geral pelas decisões associadas àquele consenso mínimo. “Os princípios, diversamente, estabelecem fins gerais a serem alcançados que (...) que poderão ser preenchidos de sentido e delineados sob formas diversas em função das diferentes concepções do intérprete”. Pois, numa democracia, apenas um sentido mínimo do princípio é fixado constitucionalmente (sentido esse oponível a qualquer grupo que a venha a exercer o poder político), restando um espaço a ser preenchido pela deliberação majoritária, “em função da convicção das maiorias em cada momento político”, cumprindo, então, ao Executivo e ao Legislativo, no exercício de suas competências constitucionais, formularem as opções que darão conteúdo aos princípios. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”, In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81. Logo, ao afastar uma regra sob a alegação de que ela se oporia a uma determinada direção principiológica, incorre-se em distorções acerca da concepção democrática.

⁷²¹ É neste contexto que emergem as teorias da argumentação e do discurso que passam (muitas delas) a ter o papel de construção de orientações procedimentais a restringir o espaço de indeterminação decorrente da dimensão ideal da ponderação de princípios. Num certo aspecto, as teorias da argumentação acabam por mirar um fechamento de sentido ao direito necessário à própria democracia. Entendido o direito dos princípios no contexto do Estado democrático de direito, sendo que sua fluidez é apta a veicular valores alçados democraticamente à constituição (sendo valores *dinamicamente* transitórios pela Constituição, isto é: valores que são preenchidos também pela via da

princípio da presunção de constitucionalidade da lei, ao permitir a enunciação daquelas regras instrumentais, cumpra esse papel.

Um segundo princípio que há de guiar, por igual, *instrumentalmente* a hermenêutica constitucional da lei é o princípio da *interpretação conforme*. Está-se aqui diante de uma norma que orienta o intérprete a uma dupla missão: (a) ao aproveitamento de aspectos ou de parcelas de uma lei que, em sua inteireza, se mostre incompatível com o texto constitucional; (b) ao acolhimento daquela interpretação que seja passível de *conformar* a lei à compatibilidade com o texto constitucional (quando isso for viável), quando outra impuser a rejeição da norma por incompatibilidade com a Constituição.

A combinação do postulado da *presunção de constitucionalidade da lei* com o da *interpretação conforme* dá lugar a uma dimensão deste princípio que impõe ao intérprete a *exclusão da interpretação conforme a constituição mas contra legem*, sendo certo que – no alvitre de CANOTILHO – “o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido esta norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a normas infraconstitucional e as normas constitucionais”⁷²².

A interpretação conforme a Constituição, pois, será legítima quando exista um *espaço de decisão* (espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, devendo-se preferir aquela(s) que se mostrem em conformidade com ela. Mas a interpretação das leis em conformidade com a Constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado prezado pelo legislador, “se obtém objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador”⁷²³.

Estes postulados informarão as conclusões extraídas abaixo a propósito da interpretação dos aspectos legais da parceria público-privada, particularmente no que refere ao sistema de garantias prescrito pela Lei n. 11079/2004.

interpretação *evolutiva*), é inevitável concluir que a moderna teoria da interpretação (com as teorias da argumentação) encerra consequências diretas na concepção do projeto democrático.

Um aporte teórico relevante à teoria do discurso está em R. ALEXY. A teoria do discurso, como explica o autor, é uma teoria *processual* de correção prática: o resultado do discurso será correto se as condições de argumentação são satisfeitas, que podem ser reunidas em um sistema de “regras de discurso”. Assim, “a razão prática pode definir-se como a capacidade de alcançar juízos conforme o sistema de regras”. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004, p. 48 e 66.

⁷²² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1226.

⁷²³ CANOTILHO, J.J. *Direito...*, p. 1227.

3.3.2 A Constitucionalidade do art. 8º da Lei n. 11079/2004 – Especialmente de Seus Incisos I, II e V

É relevante, para fins do exame do art. 8 da Lei n. 11079/2004, enfrentar uma tese que poderia ser contraposta acerca de sua inconstitucionalidade. Poder-se-ia opor, num raciocínio fundado no inciso III do art. 163 da Constituição Federal, a necessidade de lei complementar para a instituição de garantias (especificamente para aquelas previstas nos incisos I e IV do art. 8º) pelas entidades públicas, o que importaria em tomar a letra da norma por inconstitucional, eis que veiculada por lei ordinária. O raciocínio alcançaria a inconstitucionalidade da criação do fundo garantidor à União, veiculada na parte especial da Lei n. 11079/2004, pela dicção do artigo 16 e seguintes.

Por primeiro, cabe isolar desta discussão os incisos III e IV do art. 8º da Lei n. 11079/2004, por referirem a hipóteses em que não figuram *entidades públicas* como concedentes de garantia. A contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público, bem como garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não-controladas pelo Poder Público, não são modalidades de garantia prestáveis à conta das *entidades públicas*, mas negócio jurídico-privado securitário de indiscutível e tranqüilo cabimento em contratações administrativas em geral.

Estas modalidades de negócio jurídico põem-se debaixo do tratamento do inciso XXI do art. 37 da Constituição. É indiscutível que a Administração pode contratar com entidade seguradora privada a cobertura de certos riscos, ainda que estes digam com o adimplemento de suas obrigações em contratos com terceiros. Não há, no caso, uma *concessão de garantia* assumida pelo Poder Público, como uma obrigação acessória de adimplemento de certa prestação na hipótese de incumprimento contratual por terceiro. Trata-se de contrato administrativo de seguro disciplinado inciso XXI do art. 37 da Constituição.

Feita essa delimitação, sobram as hipóteses dos incisos I, II e V do art. 8º da Lei n. 11079/2004 como alvo da tese que pretende inquinar de inconstitucionalidade a instituição legislativa da concessão de garantias ao parceiro privado pela Lei de PPP.

É preciso, ainda, separar as hipóteses dos incisos I e II, que não dizem propriamente com o instituto da garantia (como “garantia específica”), mas a uma modalidade de pagamento com vinculação orçamentária, daquela do inciso V, que refere à concessão de garantia por pessoa jurídica de direito privado.

O fato das hipóteses dos incisos I e II não perfazerem a noção de garantia específica – tal como demonstrado abaixo – retira-lhes do âmbito de abrangência da hipótese normativa do inciso III do art. 163 da Constituição. Como aquelas técnicas jurídicas constituem apenas a vinculação de certas receitas ao pagamento de dívidas públicas, não se traduzindo como uma *obrigação acessória de garantia*, são fenômenos distintos do instituto da *garantia*, não merecendo por isso inclusão na fatispecie da norma do inciso III do art. 163 da Constituição.

Já a hipótese do inciso V, por igual, não deve restar abrangida na delimitação da hipótese normativa da norma constitucional. Isso porque veicula hipótese de concessão de garantias por entidade jurídica de direito privado. A letra do inciso III do art. 163 da Constituição refere, para a delimitação do campo temático que se reserva ao legislador complementar, à concessão de garantias por *entidades públicas*, o que deixa de fora as hipóteses de concessão de garantias por entidades administrativas de direito privado. É indubitoso que empresas públicas e demais entidades administrativas de direito privado – como o fundo garantidor – não possuem a natureza de entidade pública. São pessoas de direito privado, com natureza jurídica de direito privado, assim definidas pelo direito positivo. Logo, estão fora do âmbito temático reservado ao legislador complementar pela norma constitucional.

A hipótese em estender a noção de entidades públicas aos entes administrativos de direito privado, para fins de aplicação do inciso III do art. 163 da Constituição, desafiaria, ademais, o cabimento de interpretação restritiva à hipótese, prestigiada pelo caráter de regra de exceção da norma constitucional. Não me parece cabível acolher a interpretação ampliativa da regra do inciso III do art. 163 da Constituição, dado ser ela uma norma de exceção, que atrai, segundo as regras clássicas de hermenêutica, interpretação restritiva. A reserva de temas à competência do legislador complementar é excepcional relativamente às competências ordinárias delimitadas no texto constitucional, impedindo, assim, o uso da interpretação restritiva.

Mas há um outro ângulo de análise a impedir o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 8º, que deve ser explorado. Trata-se de apontar a descoincidência temática entre a hipótese de *concessão de garantia* relacionada aos tipos do art. 8º daquela referida pela regra do inciso III do art. 163 da Constituição para fins de fixar a reserva de competência do legislador complementar.

Para o enfrentamento proposto, deve-se, antes, buscar a delimitação da hipótese de incidência da norma constitucional do inciso III do art. 163 da Constituição, desvendando-se sua previsão abstratamente descrita pelo constituinte. Reza a previsão normativa acerca da “concessão de garantias pelas entidades públicas”, como objeto de disposição por lei complementar. É preciso, na missão de explorar o campo temático reservado à lei complementar, bem delimitar o sentido da expressão “concessão de garantias”.

Vista pelo prisma jurídico, a temática da concessão de garantias não é unidimensional. Pode-se referi-la, por exemplo, como expressão de um regime contratual, ou, ainda, como expressão de conduta administrativa de cunho financeiro. A garantia, como um meio técnico-jurídico acautelatório, veste o figurino jurídico de uma *obrigação*, perfazendo um negócio jurídico. Como tal, respeita ao direito do contrato. Pode estar relacionada tanto a direitos reais, como a direitos pessoais. Essas duas posições referentes ao direito das garantias recobrem as diversas tipologias que se põem sob o rótulo jurídico gênero das garantias acautelatórias: penhor, anticrese e hipoteca, quanto às garantias reais; fiança, aval e solidariedade quanto às garantias pessoais.

Mas a garantia - ou, melhor, a *concessão de garantia* - pode expor-se como uma técnica financeira, significando, desse ângulo, uma conduta administrativa com implicações direta nas finanças do Estado. Quando o Estado concede garantia, expõe as finanças públicas a riscos, cuja tutela jurídica fica a cargo do direito da responsabilidade fiscal.

Estes ângulos a propósito do direito da garantia não são tratados indistintamente pelo direito constitucional da competência. Não são coincidentes a reserva de competência para legislar sobre contrato administrativo e aquela afetada à regulação das finanças públicas. A Constituição guardou a cada qual disciplina própria e inconfundível. O inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal dispõe sobre competência (privativa) da União para legislar sobre normas gerais em matéria

de contratação administrativa, cabendo a edição de legislação suplementar aos demais entes federados, enquanto o inciso III do art. 163 da Constituição, topograficamente inserido no Capítulo de finanças públicas, reserva ao legislador complementar competência para a disciplina da concessão de garantias.

Conclusivo, até aqui, que o tema “concessão de garantias” respeita tanto ao direito dos contratos administrativos – e às obrigações e aos contratos em geral – como às operações financeiras da Administração, capazes de repercutir no equilíbrio das finanças públicas.

Como se nota, o art. 8º nada mais faz do que relacionar tipologias negociais de garantia; não há disciplina a propósito da concessão de garantias sob o ângulo do tratamento das finanças públicas. Sendo assim, a matéria está albergada na reserva de competência do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, que atribui competência privativa para a União legislar (ordinariamente) acerca de normas gerais em matéria de contratação administrativa. Não se subsume a matéria regulada à hipótese do inciso III do art. 163. Os aspectos fiscais da concessão de garantia (alguns deles) foram tratados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, editada pelo legislador complementar sob a competência lhe reservada pela regra do inciso III do art. 167.

É evidente, assim, que o inciso III do art. 163 da Constituição Federal não reserva competência ao legislador complementar para a disciplina de todos os ângulos acerca da concessão de garantias, mas especificamente àquele relacionado com o comprometimento fiscal decorrente de seu estabelecimento⁷²⁴.

Os demais ângulos da disciplina das garantias estão absorvidos na competência do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, que assegura competência privativa da União (e suplementar dos demais entes) para disciplina de normas gerais sobre contratação administrativa. Debaixo deste campo temático põem-se os negócios de concessão de garantias pela Administração. Naquilo que não disser, portanto, com a disciplina fiscal das garantias, a regra de competência fixada pelo inciso XVII do art. 22 deverá prevalecer.

Por isso, não se vê inconstitucionalidade na regra do art. 8º da Lei n. 11079/2004 por suposta ofensa ao inciso III do art. 167 da Constituição.

⁷²⁴ Neste sentido já referiram MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 214 e 215.

É possível avançar para demonstrar que a concessão de garantias pode proceder-se (tirando seu fundamento de validade diretamente do inciso XXI do art. 37 da Constituição) independentemente da existência de uma disciplina fiscal específica editada com espeque no inciso III do art. 163. É certo que o legislador complementar regulamentou o problema ao veicular a Lei de Responsabilidade Fiscal. Mas ainda que a competência do inciso III do art. 163 da Constituição não tivesse sido exercida pela União, tal não impediria a possibilidade das entidades públicas de procederem à concessão de garantias. É verdade que a norma do inciso III do art. 163 revela-se como uma *norma constitucional (de eficácia limitada) de princípio institutivo impositiva*, pois veicula a obrigatoriedade de emissão de lei integrativa complementar à disciplina do tema da concessão de garantias. Contudo, tal não impede que outras normas (de eficácia *plena* ou *contida*) possam amparar a prática de concessão de garantias por entidades públicas, como se passa, a exemplo, com a norma do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. A concessão de garantias contratuais, como obrigações acessórias a um contrato administrativo (e não exclusivamente *financeiras* – tomadas como aquelas vinculadas a operações de créditos), acautelatórias do cumprimento das obrigações pelo próprio sujeito contratual, põe-se sob a abrangência da letra do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Esta norma, de eficácia contida, é permissiva do recurso ao contrato administrativo, o que envolve a possibilidade de vincular-lhe obrigações acessórias de garantia.

É ilustrativa desse raciocínio a ponderação de JOSÉ AFONSO DA SILVA a propósito de normas de eficácia limitada, que somente postulam lei integrativa para aspectos secundários. Exemplifica o autor com a norma do art. 165, § 9º, I, que diz caber à lei complementar “dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização anual”. Como alude, “A lei já existe (Lei 4.320/64); mas, se não existisse, nem por isso deixaria de haver exercício financeiro e orçamentos públicos, pois estes decorrem de outras normas e princípios constitucionais plenamente eficazes, bastando lembrar o caput do art. 165 e as regras dos arts. 166, 167, 168 e 169, que obrigam a votação de plano plurianual, de leis de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais para a União, a cujos princípios estão subordinados os Estados e os Municípios. Mostra isso que aquele dispositivo do § 9º, I, do art. 165 visou, tão-somente, a permitir que lei federal

dispusesse sobre matéria com validade para todas as entidades públicas. Não chega, por conseguinte, nem mesmo a traçar um esquema que devesse ser preenchido pela lei nele mencionada, pois a matéria esquematizada lá já é conteúdo de outras normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata”⁷²⁵.

Parece conclusivo, então, admitir que a regra do inciso III do art. 163 da Constituição sequer inibe a possibilidade jurídica de entidades públicas concederem garantias contratuais enquanto não haja disciplina específica veiculada por lei complementar.

3.4 AS MODALIDADES DE GARANTIAS PRESTÁVEIS AO PARCEIRO PRIVADO

A Lei Geral de PPP configurou (exemplificativamente) um elenco de modalidades de garantia prestáveis pelo parceiro ao parceiro privado.

Recorde-se que se falar em garantia é falar-se em meios técnico-jurídicos de acautelamento de um sujeito quanto ao risco de inadimplemento de outrem. Estes meios estão tecnicamente conformados pelo direito privado, universo em que floresceu a noção de *garantia específica*. Compreendem-se nesta as garantias reais e as pessoais, que envolvem, respectivamente, *direitos reais* (que conferem ao titular o privilégio de obter o pagamento de uma dívida com o valor de um bem) – como o penhor, a anticrese e a hipoteca - e direitos pessoais (que se relacionam com o patrimônio pessoal, inexistindo vínculo real) – como a fiança, o aval e a solidariedade⁷²⁶.

No universo das modalidades de garantia previstas no art. 8º da Lei Geral de PPP, são separáveis aquelas que se perfectibilizam sem a intervenção de um agente externo garantidor daquelas que o exigem. As tipologias previstas nos incisos I e II podem ser classificadas com espécies *objetivas* de garantias, pois não importam na existência de um garante externo, mas consistem na vinculação de certo patrimônio ou de certa fonte de receita às contraprestações públicas. Já as modalidades inscritas nos incisos III, IV e V traduzem garantias subjetivas, na acepção de que exigem a presença de um sujeito de direitos e obrigações como

⁷²⁵ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 133.

⁷²⁶ Ver GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15ª. ed. Rio de Janeiro; Forense, 2000, p. 229.

agente garantidor das obrigações do parceiro público⁷²⁷. É o que ocorre com a contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; com a garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; ou por aquela prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade específica.

Nada impede que essas modalidades sejam combinadas e acumuladas em um mesmo projeto de PPP, o que dependerá de sua configuração jurídico-econômica. A composição das garantias caberá ao parceiro público quando dos estudos formativos do planejamento mais abrangente do programa de parceria, à conta de sua discricionariedade técnica. A decisão estará orientada pelo *value for money*, tal como exposto acima.

Cumpre notar, desde logo – o que será mais especificamente pontuado adiante –, que as *garantias* ditas objetivas relacionadas no art. 8º não perfazem, rigorosamente, a noção de *garantia específica*, como obrigação *acessória* de garantia. Constituem-se, antes, em vias originárias de pagamento a partir de vinculação de receitas orçamentárias. É importante bem compreender essa peculiaridade para evitarem-se arguições apoiadas na inviabilidade de gravar *receitas públicas* com cláusula de garantia específica.

Andou mal o legislador, então, sob o ângulo da técnica legislativa, ao relacionar as hipóteses de fundos especiais e vinculação de receitas em Capítulo da Lei dedicado ao estabelecimento do regime de garantias. Melhor seria ter agregado estas hipóteses ao elenco das modalidades de pagamento, previsto no art. 6º da Lei n. 11079/2004. Isso porque esses expedientes consistem mesmo em vias originárias de pagamento ao parceiro privado e não em obrigações de garantia específica. Traduzem, numa acepção mais ampla, a noção de garantia, mas não são reconduzíveis à acepção técnico-jurídica mais precisa da expressão, que recobre a hipótese de negócio jurídico acessório a uma obrigação principal de pagamento.

⁷²⁷ Nesta hipótese, o sujeito garantidor prestará garantias mediante a celebração de negócios jurídicos de garantias, tal como tipificados pelo direito nacional. Assim e por exemplo, o FGP – Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, instituído para prestar garantias aos parceiros públicos federais, poderá oferecer garantias sob a forma de: fiança, penhor, hipoteca, alienação fiduciária em garantia e de outros contratos que produzam efeito de garantias. Poderá ainda constituir-se em garantia real ou pessoal vinculada a um patrimônio de afetação decorrente da segregação de bens e direitos pertencentes ao FGP (art. 23 do Regulamento do FGP).

A conclusão acima se produz por uma interpretação conforme a Constituição.

Observe-se que a Constituição acolhe o sistema de precatórios para o pagamento de dívidas inadimplidas vencidas (em execução) em face das pessoas jurídicas de direito público (art. 100), que exige obediência à ordem cronológica de apresentação dos títulos. Decorre deste sistema de pagamento a *impenhorabilidade* das receitas públicas. Neste aspecto, haveria inconstitucionalidade na reserva de receitas públicas como garantia real (aqui, sim, empregada a expressão em sua acepção técnica) a obrigações inadimplidas pelo Estado, funcionando como via de pagamento de débitos vencidos e não pagos. Admitir que a hipótese de fundos especiais ou de vinculação de receita traduza uma via de garantia (obrigação acessória) às hipóteses de inadimplemento pelo Poder Público significa tomá-la, de um *prima jurídico*, por natimorta, fulminada pela inconstitucionalidade. O intérprete do art. 8.º deve, então, no esforço de compatibilizá-lo com o texto da Constituição, buscar a preservação de sua dicção, modulando a norma para o fim de conformá-la hermeneuticamente ao espírito e à letra da Constituição. Penso que, a partir desse mister, as hipóteses dos *fundos especiais* e da *vinculação de receitas* devem ser reconhecidas pelo intérprete como vias originárias de pagamento de obrigações do parceiro público, funcionando esses expedientes em seu *modus operandi* convencional. A sua associação à idéia de *garantia* (inferida da inclusão destes expedientes no rol das hipóteses do art. 8º) deve ser entendida na ampliação da segurança (ao credor de obrigação contraída pelo Poder Público) conferida pela garantia *orçamentária* que se produz com a vinculação de receitas.

Feitas estas considerações iniciais e gerais acerca das garantias às obrigações do parceiro público em contratos de PPP, cabe ater-se mais detidamente a cada uma destas modalidades.

3.4.1 A Vinculação de Receitas

A vinculação de receitas é modalidade de prestação de “garantia” (ao parceiro privado) prevista pela Lei Geral de PPP. Rigorosamente, não se reveste da mesmíssima natureza que as clássicas garantias oriundas da teoria geral do direito civil, por consubstanciar-se numa modalidade de pagamento de obrigações com fonte vinculada de receita. Há garantia numa acepção lata (ou leiga) do termo, mas

não se verifica na hipótese uma obrigação (acessória) garantidora. É um meio de pagamento a partir de receitas previamente afetadas àquele fim. Reveste-se de função de *garantia*, na medida em que oferece segurança ao garantido quanto ao uso de certa receita para o adimplemento de obrigações do Poder Público. São exemplos dessa hipótese a afetação de quaisquer receitas que não aquelas cuja vinculação foi proscrita pelo texto constitucional (art. 167, CF) para pagamento de obrigações nos contratos de PPP.

O tema da vinculação de receitas é controvertido. Há vozes que anunciam a sua inconstitucionalidade pelo acolhimento de um princípio geral de não-afetação das receitas públicas. É o que defende KIOSHI HARADA, para quem “o legislador ordinário partiu da equivocada premissa de que, respeitada a vedação do art. 167, IV, da CF, restrita à vinculação da receita de impostos, todas as demais receitas públicas poderiam ser vinculadas para garantia de quaisquer obrigações pecuniárias contraídas pelo poder público. Nada mais absurdo”⁷²⁸. Diz o autor que “toda e qualquer receita pública, não apenas a de impostos, configura bem público indisponível, inegociável e irrenunciável porque existe como instrumento necessário ao cumprimento dos fins do Estado. Receitas públicas, estimadas na lei de meios, não se prestam ao oferecimento de garantias a permitir sua excussão pelo credor, na hipótese de inadimplemento. É pacífico na doutrina e na jurisprudência a impenhorabilidade de bens públicos. Assim sendo, as receitas públicas, como bens públicos que são, não se prestam à execução direta, consectário lógico do vínculo de natureza real, que se estabelece entre a coisa e a ação do credor pignoratício, hipotecário ou anticrético”⁷²⁹.

Com respeito ao jurista, ousou discordar de sua tese. Não vejo inconstitucionalidade na afetação de receita pública, observados os limites impostos pelo texto constitucional.

É fato que o princípio da não-afetação das receitas públicas é acolhido em diversos ordenamentos mundo afora⁷³⁰. Esteve presente, numa configuração mais

⁷²⁸ “Parcerias Público-Privadas: Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor”. In *Parcerias Público-Privadas* (coord. SÉRGIO AUGUSTO Z. PAVANI e ROGÉRIO EMÍLIO DE ANDRADE). São Paulo: MP Editora, 2006, p. 212 e 213.

⁷²⁹ “Parcerias Público-Privadas...”, p. 215.

⁷³⁰ Para uma análise mais específica sobre o tema, ver CATÃO, Marcos André Vinhas. “Novas Perspectivas no Princípio de Não-Afetação e Destinação de Receita Tributária”, In *Princípios de Direito Financeiro e Tributário* (coord. ADILSON RODRIGUES PIRES e HELENO TAVEIRA TÔRRES) –

abrangente, inclusive, na Carta de 1967 – onde se vedava a vinculação de tributos em geral, à exceção dos impostos únicos -, mantida com a Emenda de 69. Mas com a Constituição de 1988 a regra foi mitigada, restringindo-se a vedação aos *impostos*; livrando-se daí as demais receitas tributárias (e não-tributárias) da proibição⁷³¹. É essa a atual exegese do inciso IV do art. 167 da Constituição, como se tira de uma interpretação gramatical e lógico-sistemática do dispositivo.

Relembre-se a letra da norma, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n° 42 de 2003, pela qual se veda a “vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”. Da leitura de seu texto, é clara a vedação apenas à vinculação de receita de *impostos*, a órgão, fundo ou despesa, com as exceções ali referidas. Não há qualquer menção à vedação às demais espécies de receita⁷³².

Observe-se que, como vedação específica que é, a regra não deve merecer interpretação ampliada. Fosse a intenção do legislador constitucional de 88 impor o princípio da não-vinculação de receitas em geral, a dicção do art. 167 haveria de contemplar essa amplitude, ao invés de veicular vedação particular.

Sendo conclusivo, então, que a vedação prescrita pelo inciso IV do art. 167 não abarca receitas em geral, mas apenas os impostos, os fundamentos a amparar

Estudos em Homenagem aos Professores Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 565 e ss.

⁷³¹ Ver TORRES, Ricardo Lobo. “O Princípio Constitucional Orçamentário da não-afetação”, *In Revista de Direito do Estado*, n. 6. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 230 e ss.

⁷³² Nos termos do art. 10º da Lei n. 4320/64: A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: receitas correntes e receitas de capital: § 1º São receitas correntes as receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, agropecuárias, industriais, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em despesas correntes. § 2º São receitas de capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de despesas classificáveis em despesas de capital e, ainda, o superávit do orçamento corrente. § 3º O superávit do orçamento corrente resultante do balanceamento dos totais das receitas e despesas correntes, apurado na demonstração a que se refere o anexo 1, não constituirá item da receita orçamentária.

a tese negativista da vinculação de receitas teriam de ser buscados de outros dispositivos da Constituição, notadamente de princípios implícitos no seu texto. Mas o recurso a uma interpretação sistemática da Constituição, partindo-se da letra explícita do inciso IV do art. 167, impede essa conclusão hermenêutica. É que interpretação desta ordem importaria em tornar inútil e supérflua a regra do inciso IV do art. 167, pelo menos naquilo que delimita a vedação à vinculação de receitas dos *impostos*. Ora, estivesse proscria a vinculação de quaisquer receitas pelo texto constitucional, qual a função da primeira parte do inciso IV art. 167, que fixa a vedação específica à vinculação de impostos? Ou seja: é da própria disposição desta regra que, a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional, infere-se inexistir um princípio geral pela não-vinculação de receitas públicas de toda ordem, implicitamente considerado⁷³³. O Supremo Tribunal Federal parece acolher essa exegese⁷³⁴.

Noutro giro, não vejo na *impenhorabilidade* dos bens públicos restrição à vinculação de receitas públicas. Talvez o argumento incorra num defeito de compreensão relativamente à técnica da vinculação de receitas como mecanismo de *garantia*. Muito embora a técnica da vinculação de receitas possa reconduzir-se a uma noção mais abrangente de “garantia”, porquanto consiste também numa forma

⁷³³ Em sentido diverso, sustenta KIOSHI HARADA: “Evidente que não se pode invocar a regra excepcional do art. 167, IV da CF para concluir que demais receitas públicas não estão abrangidas pela proibição. A regra geral, que decorre do sistema constitucional, é a não vinculação das receitas públicas para garantia dessas ou daquelas obrigações contraídas pelo poder público. A exceção contida no inciso IV do art. 167 da CF não tem o sentido emprestado pelo legislador infraconstitucional que, por meio de uma interpretação literal e isolada, ignora em bloco os rígidos princípios de direito público. Aliás, o referido inciso, ao excepcionar a vinculação para um fim específico, ipso facto, afastou a vinculação para fim outro. Absolutamente inconstitucional o inciso I do art. 8º da Lei nº 11.079/04, que permite a vinculação de receitas públicas, para garantia das obrigações pecuniárias genéricas contraídas pelo Poder Público perante os particulares. Isso é uma verdadeira inversão da ordem pública, que afronta os princípios da moralidade e da impessoalidade, insertos no art. 37 da Constituição Federal, de observância impositiva na forma do seu art. 100, caput. Ironicamente, esse art. 8º atenta, como vimos, contra o art. 167, IV da CF, que ele próprio manda observar em seu inciso I, in fine”. “Parcerias Público-Privadas...”, p. 214.

⁷³⁴ Veja-se julgado assim ementado: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 3º, inciso VII, da Lei n. 12.216, de 15 de julho de 1.998, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 12.604, de 2 de julho de 1.999, ambas do Estado do Paraná. Emolumentos. Serventias extrajudiciais. Destinação de recursos a fundo especial criado para promover reequipamento do poder judiciário. Violação do disposto no art. 167, inciso v, da constituição do brasil. Não ocorrência. 1. Preceito contido em lei paranaense, que destina 0,2% (zero vírgula dois por cento) sobre o valor do título do imóvel ou da obrigação, nos atos praticados pelos cartórios de protestos e títulos, registros de imóveis, títulos e documentos e tabelionatos, ao Fundo de Reequipamento do Poder Judiciário - FUNREJUS não ofende o art. 167, inciso V, da Constituição do Brasil. Precedentes. 2. A norma constitucional veda a vinculação da receita dos impostos, inexistindo, na Constituição, preceito análogo pertinente às taxas. Pedido julgado improcedente. Relator: Min. Eros Grau; Julgamento: 26/04/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Julgamento por maioria. ADI 2059/PR; DJ 09-06-2006 PP-00003.

de assegurar que certo patrimônio, previamente reservado pelo orçamento, seja carregado para o pagamento de obrigações do Poder Público, não se apresenta como uma garantia específica, na acepção de ser uma *obrigação acessória de garantia*. A vinculação de receitas funciona, diversamente, como um meio originário de pagamento de obrigações do Poder Público; não é uma obrigação garante, mas traduz apenas o endereçamento certo de dada receita que se afeta ao pagamento de uma obrigação do Poder Público. Lembro aqui a advertência de MISABEL A. MACHADO DERZI, para quem *vinculação* “é figura por via da qual o legislador orçamentário estadual fica obrigado a destinar parcela de receita ao pagamento de certo fundo ou despesa. Não se confunde, pois, com expropriação de receita pública, de resto, irrenunciável pelo próprio Estado”⁷³⁵.

Consiste a via, assim, tão-somente numa “garantia orçamentária de que as receitas vinculadas não serão utilizadas para outras finalidades que não o pagamento de contraprestações públicas em contratos de PPP”⁷³⁶. Não se trata, por isso, de uma *garantia*, na acepção civilista do termo, como um patrimônio que garante *acessoriamente* dívidas do Poder Público. Fosse essa a função da vinculação de receitas, ela estaria marcada pela inocuidade, dada a impenhorabilidade dos bens públicos.

Portanto e sob pena de produzir uma hermenêutica desinteligente, a técnica da vinculação de receitas inscrita no inciso I do art. 8º só pode ser assim entendida, isto é: como uma via para reservar receitas para o adimplemento de certas obrigações do Poder Público. Trata-se, em suma, de uma *garantia orçamentária*.

A exata compreensão do alcance do mecanismo da vinculação de receita é relevante para desfazer interpretação negativista quanto à vinculação de receitas pública em geral, sob o prisma da impenhorabilidade.

É certo que a característica da impenhorabilidade das *receitas* públicas é uma decorrência do art. 100 da Constituição, que impõe um procedimento próprio (e diferenciado da execução civil) para a satisfação de créditos vencidos em face do Poder Público (art. 730 do C. de Pr. Civil). Esses bens públicos não podem ser penhorados, pois isso nada realizaria a satisfação de crédito vencido contra o Estado, que exige o rito e a forma do sistema de precatórios. Também por isso, não

⁷³⁵ *Comentário à Lei de Responsabilidade Fiscal* (org. Ives Gandra Martins e Carlos Valder do Nascimento). São Paulo, Saraiva, 2001, p. 282.

⁷³⁶ RIBEIRO, Maurício P. e PRADO, Lucas N. *Comentários...*, p. 220.

podem ser onerados em garantia real. Uma inferência que se poderia tirar daí está na inviabilidade jurídica de gravar as receitas públicas à guisa de garantia real. Contudo, a restrição da impenhorabilidade não tem o alcance de impedir o endereçamento de receitas ao pagamento de obrigações vincendas do Poder Público. Tivesse esse efeito, desafiariam o princípio todas as demais vinculações de receita constitucionalmente autorizadas, que haveriam de erguer-se como exceção. Não me parece que essa seja uma exegese correta do texto constitucional.

Note-se, ademais, que a vinculação de receitas já é expediente largamente usado como via para o financiamento do serviço público. Cite-se o exemplo do FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, criado pela Lei n. 9.998/2000 com finalidade de custear obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço. Dentre suas fontes de receitas⁷³⁷, estão, inclusive, contribuições de intervenção no domínio econômico⁷³⁸. Tal como previsto pela sua lei instituidora, as receitas do FUST têm destinação própria, vinculando-se a finalidades previamente estabelecidas. Trata-se, então, de um caso de vinculação de receitas. Outros exemplos poderiam ser lembrados.

Perfeitamente constitucional e lícita, pois, a hipótese do inciso I do art. 8º da Lei n. 11079/2004.

⁷³⁷ Art. 6º - Constituem receitas do Fundo: I – dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais; II – cinquenta por cento dos recursos a que se referem as alíneas c, d, e e j do art. 2º da Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, com a redação dada pelo art. 51 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, até o limite máximo anual de setecentos milhões de reais; III – preço público cobrado pela Agência Nacional de Telecomunicações, como condição para a transferência de concessão, de permissão ou de autorização de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência, a ser pago pela cessionária, na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, nos termos da regulamentação editada pela Agência; IV – contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o Programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; V – doações; VI – outras que lhe vierem a ser destinadas.

⁷³⁸ Nas palavras de IVES GANDRA, “É unânime a opinião, na doutrina, que o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações é uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Tem, portanto, natureza jurídica diversa das demais contribuições especiais, ou seja, de todas aquelas de natureza social ou as veiculadas no interesse das categorias”. “O Princípio da Não-Cumulatividade e o FUST”, *In Princípios de Direito Financeiro...*, p. 814.

3.4.2 Instituição ou Utilização de Fundos Especiais Previstos em Lei

A instituição ou utilização de *fundos especiais* é outra possibilidade jurídica explicitada pela Lei Geral de PPP a garantir as obrigações do parceiro público. Estes fundos, batizados de fundos de destinação⁷³⁹, têm previsão constitucional no inciso II do § 9º do art. 165 da Constituição. Estão tratados normativamente no Título VII da Lei n. 4320/64, sendo definidos como “o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”. As normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas deverão ser definidas pela sua lei instituidora. Regulam-se, ainda, pelo Decreto-lei n.º 200 de 25/02/67 e pelo Decreto n.º 93.872 de 23/12/86.

Como regra, esses fundos especiais não possuem personalidade jurídica, não sendo titulares de direitos e obrigações. Mas não é inviável que a tenham. Do ponto de vista de sua gestão, se for um fundo dotado de personalidade jurídica, contará com administração específica, contabilidade autônoma e órgão deliberativo específico. Se não a tiver, como explica HELENO TÔRRES, ou (i) usará de atribuição a órgão já constituído, dotado de capacidade administrativa, executiva e processual, com representação autônoma, portanto, mesmo que se mantenha com escritura contábil e dotação patrimonial própria; ou (ii) consolidar-se-á como simples condomínio administrado por gestores⁷⁴⁰.

Parece-me que a referência a fundos especiais pelo inciso II do art. 8º recobre a noção de fundo *sem* personalidade jurídica, sob pena da norma ter incorrido em *bis in idem* ante a disposição do inciso V do mesmo artigo – a prevalecer o entendimento de que o inciso V refira a fundo dotado de personalidade jurídica. A referência em duplicidade pela norma – em incisos independentes - a *fundo* como meio de garantir obrigações do parceiro público indica independência de tratamento jurídico a cada qual. Como entendo que a fórmula do inciso V associa-se a fundo dotado de personalidade jurídica (pelas razões sustentadas abaixo), concluo pela

⁷³⁹ A noção é contraponível à de *fundo de participação*, referida nos artigos 157 a 162 da Constituição. Ver OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 274.

⁷⁴⁰ “Fundos Especiais para Prestação de Serviços Públicos e os Limites da Competência Reservada em Matéria Financeira”, *In Princípios de Direito Financeiro...*, p. 39.

ausência desta condição nos assim batizados *fundos especiais* referidos no inciso II do art. 8º.

No exame desses fundos, o relevante, aqui, é ater-se à sua capacidade em oferecer “garantias” em contratos de PPP. Neste mister, traduzem uma manifestação da hipótese de vinculação de receitas. Considerados como *alocação legal de recursos orçamentários*, configurarão uma espécie qualificada de *vinculação de receita*, funcionando como afetação de certas receitas, delimitadas legalmente em regime de *fundo*, a objetivos previamente fixados. Logo e como ocorre com a vinculação de receitas, as garantias desempenhadas por estes fundos não serão tecnicamente garantias específicas (na acepção civilista do termo), hipótese que atrairia alegação pela inviabilidade dos fundos especiais servirem de *garantia* para obrigações do Poder Público em situação de inadimplemento, o que desafiaria (nesta linha de raciocínio) o sistema de precatórios constitucionalmente acolhido para o pagamento de débitos vencidos do Poder Público⁷⁴¹. Deve-se renovar aqui o alegado acima a propósito da vinculação de receitas.

Um aspecto a ser lembrado, quanto ao tratamento normativo dos fundos especiais – o que abrange a disciplina dos fundos em geral -, está na exigência de lei específica à sua instituição. O texto constitucional exige *autorização legislativa* para sua instituição (inciso IX do art. 167). Já a Lei n. 4320/64 prevê, nos artigos 73 e 74, sua instituição mediante *lei*. Logo, não bastará mera autorização legislativa, mas sua instituição deverá ser prevista em lei específica.

3.4.3 Contratação de Seguro-Garantia com as Companhias Seguradoras Que Não Sejam Controladas pelo Poder Público

Além de prever-se como garantia a ser prestada pelo parceiro privado ao parceiro público, o seguro-garantia (com companhias seguradoras não-controladas pelo Poder Público) poderá figurar como um meio jurídico garantidor das obrigações

⁷⁴¹ É o que sustentou LUIZ TARCÍSIO TEIXEIRA FERREIRA. *Parcerias Público-Privadas: Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 176 e 177. Diz o autor: “...os fundos se vinculam a finalidades ou serviços específicos, mas já não para servirem de garantia, mesmo porque, de novo, o processo de execução da Fazenda Pública observa o disposto no art. 100 da Constituição Federal”. Parece-me, contudo, com grande respeito à posição do jurista, que a alegação ruirá se compreendidos aqueles fundos como meio originário (e não acessório) para pagamentos de obrigações do Poder Público.

do parceiro público. Consiste numa espécie de seguro, contratado em favor de certo beneficiário (indicado em apólice), destinado a garantir obrigações executáveis pelo segurado. Devido a seu custo acessível, trata-se de uma modalidade de garantia largamente praticada entre privados. É bastante usado, inclusive, como modalidade de garantia destinada a acautelar os riscos de inexecução ou má execução daqueles que contratam com a Administração Pública. Com a prescrição do inciso III do art. 8º, esta espécie de garantia passa a ser utilizável também para fins de acautelar o parceiro privado quanto ao adimplemento de obrigações do parceiro público.

O problema é que as próprias razões que ensejaram a concepção legislativa do catálogo de garantias às obrigações do parceiro público, que consideram o déficit de credibilidade do governo brasileiro (como ente contratante), podem desafiar a factibilidade da hipótese. Isto é: a considerarem-se os problemas de reputação da Administração Pública como sujeito-contratante, negócios securitários daquela natureza podem apresentar-se excessivamente caros ou mesmo inviáveis⁷⁴².

Mas o seguro-garantia, que poderá recobrir diversas configurações, prestando-se a cobrir riscos variados, será uma técnica teoricamente possível de ser utilizada pelo parceiro público no objetivo de acautelar os riscos de inexecução de suas obrigações pecuniárias assumidas em face do parceiro privado. É de se referir, aliás, que algumas poucas instituições internacionais, como o *MIGA – Multilateral Investment Guarantee Agency* e o *OPIC – Overseas Private Investment Corporation*, especializaram-se numa modalidade de concessão de seguro contra *risco político* (*political risk insurance*), que tem como beneficiários financiadores em *project*

⁷⁴² Relembrem-se, aqui, as restrições existentes para a contratação de seguros no exterior, prevalecendo-se a regra de que os seguros em favor de pessoas físicas ou jurídicas residentes no país, relativos a riscos no território nacional, devem ser contratados com seguradoras nacionais, habilitadas para a atividade, salvo na hipótese de riscos que não encontrem cobertura no país. Assim como disposto no artigo 20 da Lei Complementar n. 126/2007, “A contratação de seguros no exterior por pessoas naturais residentes no País ou por pessoas jurídicas domiciliadas no território nacional é restrita às seguintes situações: I - cobertura de riscos para os quais não exista oferta de seguro no País, desde que sua contratação não represente infração à legislação vigente; (...) III - seguros que sejam objeto de acordos internacionais referendados pelo Congresso Nacional”. Já a Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados n. 165/2007 dispõe, no § 1º de seu art. 6º, que a cobertura de riscos para os quais não exista a oferta de seguro no país dar-se-á pelas negativas ou ressalvas para a cobertura do seguro obtidas mediante consultas efetuadas a, no mínimo, 3 sociedades seguradoras brasileiras que operem no ramo de seguro em que se enquadre o risco.

finance no Brasil. Sob este tipo de seguro põe-se, inclusive, cobertura contra risco de quebra contratual (*breach of contract/contract frustration*)⁷⁴³.

Tal como disposta, a regra admite tão-somente a prestação de garantias por instituição seguradora não-controlada pelo Poder Público. A expressão *controle* deve ser tomada aqui conforme a dicção do art. 116 da Lei n. 6404/1976.

3.4.4 Garantia Prestada por Organismos Internacionais ou Instituições Financeiras Que Não Sejam Controladas pelo Poder Público

Previu-se também como meio acautelatório do risco de inadimplemento do parceiro público o estabelecimento de garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não-controladas pelo Poder Público.

A hipótese apresenta similitude com o inciso III. A diferença, aqui, está na natureza do ente garantidor, que deve constituir-se como *instituição financeira* ou organismo internacional (essa, noção excessivamente ampla). A dicção do inciso IV amplia, pois, o espectro de possibilidades quanto à configuração subjetiva no que refere à celebração de garantias por sujeito externo em contratos de PPP.

Dado o elevado risco político que pesa sobre a atividade contratual da Administração em países como o Brasil, não será comum a disponibilização de garantias por estas instituições. Com vistas a reduzir o custo financeiro deste tipo de operação, poderá a Administração utilizar-se de um fundo garantidor como meio ao oferecimento de garantia cruzada (ou contra-garantia) à companhia seguradora. A hipótese, no caso federal, está disciplinada pelo § 1º do art. 23 do Regulamento do FGP – Fundo Garantidor de Parceria Público-Privada. Esta situação dependerá de uma adequada avaliação econômica na estruturação negocial da parceria público-privada, à luz do *value for money* e da diretriz de eficiência imposta à Administração (inciso I do art. 4º da Lei n. 11079/2004), buscando-se alcançar sempre a formatação mais eficiente e econômica ao dinheiro público.

Novamente se observa que a regra admite tão-somente a prestação de garantias por instituições financeiras que *não sejam controladas pelo Poder Público*,

⁷⁴³ Ver ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: Financiamento com foco em empreendimentos: (Parcerias Público-Privadas, Leverage Buy-Outs e Outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 332 e 333.

devendo-se entender por “controle” o significado lhe emprestado pela norma do art. 116 da Lei n. 6404/1976.

3.4.5 Garantias Prestadas por Fundo Garantidor ou Empresa Estatal Criada Para Essa Finalidade

Uma das principais inovações do sistema de garantia introduzido pelo regime de PPP está na previsão de fundo garantidor ou empresa estatal criados para garantir as obrigações do parceiro público. Nesta modalidade, entes autônomos, dotados de personalidade jurídica, garantem as obrigações pecuniárias do parceiro público na eventualidade de inadimplemento em face do parceiro privado. Enquanto o modelo federal de PPP optou por configurar a solução do fundo garantidor, consoante se depreende dos artigos 16 a 21 da Lei n. 11079/2004 (normas aplicáveis à Administração Federal), outros entes, como o Estado de São Paulo, optaram pela solução de empresa estatal garantidora dos compromissos financeiros do parceiro público⁷⁴⁴.

Esta modalidade de garantia oferece certas vantagens ao parceiro privado, comparativamente aos modelos em que as garantias não provêm de entes dotados de personalidade jurídica de direito privado. Aponta-se que o estabelecimento de garantias prestadas por fundo garantidor ou por empresa estatal para garantir obrigações das pessoas públicas em sede de contratos de parceria público-privada significará evitar o procedimento especial de execução pelo regime de precatórios na eventualidade de inadimplemento do parceiro público. Isso porque estes entes, dotados de personalidade jurídica de direito privado, submetem-se ao regime jurídico próprio dos entes privados, sendo que suas dívidas serão executadas nos moldes da execução civil comum. A solução evita o famigerado sistema de precatórios e, por isso, importa revestir os contratos de PPP de maior segurança jurídica, reduzindo custos transacionais e favorecendo a economicidade na contratação de PPP.

Esse sistema de garantia busca atenuar um histórico déficit de credibilidade que pesa sobre a Administração Pública como ente contratante no Brasil. Problemas

⁷⁴⁴ Conforme Lei estadual nº 11.688/2004 e Decreto nº 48.867/2004 que disciplinam a Companhia Paulista de Parcerias – CPP. Idêntica solução adotou o Estado de Santa Catarina, mediante a Lei estadual nº 13.335/2005, que regula a SC-Parcerias S/A.

de reiterados inadimplementos do setor público, associados a um ineficiente regime de pagamento de dívidas públicas vencidas – sistema de precatórios –, conduziram à configuração de um panorama desfavorável à atração de investimentos às contratações públicas. Expandiram-se, como consequência, os custos de transação do contrato administrativo. O modelo de PPP, por sua vez, inaugura um novo tempo da contratação administrativa, movido pela necessidade de carrear para o setor público, em prol da execução de projetos estruturantes, investimentos privados. É relevante, para esse fim, contar-se não só com um ambiente institucional seguro e estável, como, principalmente, com um regime jurídico que ofereça aos parceiros do Poder Público incentivos adequados a oferecerem propostas sérias e vantajosas à Administração. A atratividade do financiamento privado depende, então, de instrumentos jurídicos que propiciem segurança e eficiência no cumprimento das obrigações do parceiro público. Neste contexto, a hipótese de garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, representando um ponto central na configuração de um regime *especial* de garantias ao contratado em parceria público-privada, cumpre o papel de superar dificuldades muito sérias que historicamente inibiriam a participação do capital privado em projetos em infraestrutura.

Portanto, nos termos da Lei de PPP, tanto empresa estatal como fundos dotados de personalidade jurídica de direito privado poderão garantir obrigações do parceiro público. As hipóteses serão bastante assemelhadas, ficando as diferenças por conta de aspectos estruturais e gerenciais de cada qual. Aponta-se que, diferentemente da empresa estatal, será próprio dos fundos a delegação de sua administração a agente externo. Mas talvez esse diferencial não seja o bastante para subtrair da hipótese do fundo garantidor a sua categorização na classe das empresas estatais, pondo-o como uma espécie de empresa estatal.

De qualquer forma, a modalidade fundo garantidor apresenta cunho de novidade no direito nacional. Assim, penso que o exame da figura exija algum aprofundamento.

3.4.5.1 O Fundo garantidor: natureza jurídica

Começo pela tentativa em descortinar a sua natureza jurídica.

Partindo-se do esforço em encontrar uma noção jurídica comum aos fundos no direito brasileiro – o que só se alcança a partir de uma definição excessivamente genérica -, poder-se-ia dizer que o instituto configura-se por materializar a autonomia de certo patrimônio (inclusive para efeitos de sua gestão e organização), vinculando-o à realização de certos objetivos. Falar-se em fundo é falar-se, portanto, na afetação de certo conjunto de bens, organizados e geridos por uma entidade que lhe seja externa, a objetivos pré-determinados. Mas essa é uma conceituação excessivamente ampla, pois desconsidera um aspecto de enorme relevância na definição de sua natureza jurídica: a existência ou não de personalidade jurídica do fundo. A agregação desta característica significará alteração substancial na sua natureza jurídica, pois confere ou não ao fundo a possibilidade de figurar como sujeito de direitos e obrigações.

No direito brasileiro, são conhecidos tanto os fundos dotados de personalidade jurídica como aqueles que não as têm. Ainda que a maioria dos fundos historicamente criados pela experiência brasileira esteja subtraída de personalidade jurídica, há diversos exemplos de fundos dotados desta condição.

O fundo garantidor previsto no inciso V do art. 8º é daqueles fundos dotados de personalidade jurídica, passível, portanto, de ser sujeito de direitos e obrigações. O seu enquadramento no universo dos fundos com personalidade jurídica é fruto de uma interpretação gramatical, lógica e sistemática do dispositivo.

Note-se, por primeiro, que a redação do art. 8º alude a *fundos*, como instrumentos de garantia às obrigações do parceiro público, em dois registros. No inciso II, refere aos *fundos especiais*; no inciso V, ao fundo garantidor. A contraposição da fórmula verbal do inciso II, flexionada no plural, àquela do inciso V, no singular, pode dar a entender que a primeira refere-se a fundos criados para garantir obrigações específicas de determinada parceria, enquanto a segunda recobre fundo criado para garantir as parcerias públicas em geral, à semelhança do

Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) instituído para a União pela regra (federal e não geral) do art. 16 da Lei Geral de PPP⁷⁴⁵.

Não me parece que seja essa a melhor exegese ao dispositivo. Ao referir a *fundos especiais*, o inciso II atrai o tratamento jurídico dos chamados “fundos especiais”, definidos pelo art. 71 da Lei n.º 4320/64 e já examinados atrás. São esses fundos financeiros sem personalidade jurídica. A alusão, por outro lado, pelo inciso V, a fundo garantidor indica ente com natureza jurídica distinta, sob pena de flagrar-se prescrição tautológica da lei (o que desafia princípio hermenêutico fundamental). Penso que, aqui, a norma do inciso V alude a fundo dotado de personalidade jurídica. Duas razões hermenêuticas me levam a essa conclusão.

Por primeiro, noto que a inscrição do vocábulo fundo em incisos distintos retrata, desde logo, a independência de tratamento jurídico a cada qual. Não haveria razão para segregá-los em incisos independentes, recobrissem esses rótulos o mesmo fenômeno jurídico. Lembrando a sempre difundida palavra de CARLOS MAXIMILIANO: “presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem ser todas entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva”⁷⁴⁶; “As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio de exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. (...). Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativamente ou supérflua, nula ou sem significação alguma”⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ Assim referiu MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 174.

Essa orientação pode estar referenciada por uma classificação possível de conceber-se - pautada no critério de afetação da receita - entre *fundos gerais* e *fundos especiais*. Na palavra de HELENO TAVEIRA TÔRRES, os fundos podem ser *gerais* “quando não contemplam um destino previamente determinado, prestando-se como receita adicional do ente arrecadador, na complementação de seu orçamento, seja qual for o fim pretendido; ou *especiais*, quando designados para fins determinados, previamente estabelecidos em lei e regulados tipicamente”. “Fundos Especiais...”, p. 43.

⁷⁴⁶ *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 91.

⁷⁴⁷ *Hermenêutica...*, p. 204.

Observe-se que cada um dos incisos do art. 8º veicula uma modalidade específica de garantia. Assim se passa com os incisos I, II, III e IV. Lógico supor que o inciso V revele modalidade própria e inconfundível com os demais. Se a tipologia dos *fundos especiais* referidos pelo inciso II é aquela alusiva a fundos sem personalidade jurídica, infere-se que a fórmula fundo garantidor inscrita no inciso V traduza significação distinta.

Indo avante, deve-se atentar o fato de que, na disposição gramatical do dispositivo, a fórmula *fundo garantidor* veio associada à de *empresa estatal* criada para o mesmo fim. Buscando-se a unidade de sentido que deve ser extraível da prescrição do inciso V do art. 8º, com a função prescritiva de conformar uma tipologia específica de garantia, parece conclusivo acolher a alusão como fundo garantidor como um ente dotado de personalidade jurídica, alinhado, neste particular, ao tratamento da empresa estatal. É inferível que, assim como o inciso I veicula a vinculação de receitas, o inciso II a hipótese de fundos especiais, e assim por diante, o inciso V dispõe sobre uma hipótese de garantia de obrigações do parceiro público por ente externo ao sujeito da PPP, capaz de assumir em seu nome a responsabilização (como garante) pelo cumprimento da obrigação pecuniária do parceiro público.

Logo, fundo garantidor será um ente cuja criação há de ser precedida de autorização legislativa, dotado de personalidade jurídica, capaz, assim, de ser titular de direitos e obrigações, com o objetivo de materializar a reserva de certo patrimônio para fins de garantir obrigações da Administração Pública.

Ainda que se possa admitir que a sua natureza jurídica, se de direito público ou privado, possa vir fixada na lei instituidora, só faz sentido a criação de fundo garantidor de PPP se lhe corresponder a natureza de direito privado (à equivalência do Fundo Garantidor de Parceria Público-Privada - FGP, criado, para a União, pelos artigos 16 e seguintes da Lei n. 11079/2004). Como se disse, o objetivo da previsão de fundos garantidores está no fortalecimento da segurança jurídica dos ajustes de PPP, assegurando-se a responsabilização quanto ao adimplemento das obrigações do parceiro público por entes dotados de personalidade jurídica de direito privado.

3.4.5.2 A Natureza da atividade desempenhada pelo fundo garantidor

Um ponto de grande importância reside em decifrar a natureza da atividade a ser desempenhada pelo fundo garantidor.

Antes do mais, é importante atentar para o fato de que o fundo garantidor não restou exaustivamente configurado pelas normas gerais. A Lei n. 11079/2004, na parte que dedica às normas gerais, sequer imprimiu-lhe explicitamente feições elementares de sua natureza, como a tipologia das atividades por si desempenháveis (vistas sob o ângulo de seu caráter interventivo ou não-interventivo na ordem econômica). Daí que caberá à sua lei instituidora a definição de seus traços mais específicos.

Buscando-se uma sistematização (abrangente) a propósito da natureza da atividade a ser desempenhada por fundos garantidores, deve-se propor uma distinção fundamental entre duas espécies de fundo: (i) aqueles cuja atividade revela um caráter não-interventivo na ordem econômica; (ii) aqueles dotados de atividade interventora na ordem econômica. Esta distinção parece-me extremamente importante de ser fixada, pois que os pressupostos à instituição de cada qual são diversos.

3.4.5.2.1 O Fundo garantidor como prestador de atividades de apoio à Administração

Tenho para mim que os fundos garantidores - como me parece ser a sua vocação genuína - não possuirão, *como regra*, feição interventora.

Uma vez criado no propósito específico e restritivo de garantir obrigações do parceiro público (afetado a este fim exclusivo pelo princípio da especialidade), o fundo garantidor terá a sua atuação-fim reservada a uma relação fechada com a Administração Pública; deixará, então, de atuar no “domínio econômico” (em sentido amplo). Sua atividade fim será equiparável às atividades de apoio que outrora empresas públicas exerciam relativamente à Administração Pública; criadas exclusivamente para esse mister, empresas estatais exerciam serviços de apoio à sua Administração direta, prestando à própria Administração atividades

empresariais, em decorrência de uma opção de auto-organização do aparelho administrativo.

De um ponto de vista da estruturação subjetiva administrativa, assim se passará com os fundos garantidores, que, como regra, deverão vocacionar-se ao destino exclusivo de prestação de garantias à pessoa política (ou entidade administrativa de outra natureza).

Qualificar, pois, a atividade do fundo garantidor como não-interventora importa admitir que a sua natureza jurídica não deve ser buscada na dicotomia serviço público/atividade econômica em sentido estrito, mas em outro terreno. Essa ressalva parece relevante, pois que não tem sido incomum a tipificação da atividade exercitável pelos fundos garantidores como *atividade econômica em sentido estrito*, o que, como modalidade de atuação no domínio econômico, pressuporia o atendimento aos pressupostos constitucionais pertinentes a esta atuação (art. 173, CF). Não tomo por incabível a hipótese, uma vez que nada impede que a sua lei instituidora assim o tipifique. Mas, a uma leitura teleológica e sistemática do inciso V do art. 8º da Lei n. 11079/2004, não me parece que essa seja a sua vocação genuína.

Discordo da orientação que acolhe a atividade desempenhável pelo fundo garantidor como um serviço prestado ao parceiro privado relativamente às obrigações do parceiro público⁷⁴⁸, hipótese que lhe atrairia necessariamente o caráter de atividade econômica em sentido estrito. Tenho para mim que essa visão é incompatível com a *mens* do art. 8º. O fundo garantidor ou empresa pública criada com fins de garantir obrigações do Poder Público funcionará como um sujeito prestador de serviços tomáveis pela Administração e não pelo parceiro privado. As soluções trazidas pelo art. 8º são a contra-face das garantias de execução que devem ser oferecida pelo parceiro privado por força do inciso VIII do art. 5º. São garantias oferecidas pelo parceiro público ao parceiro privado, sendo este não o tomador do negócio securitário, mas o beneficiário do seguro na hipótese de ocorrência do inadimplemento. Logo, não vejo sentido em aludir à atividade do fundo garantidor como um serviço prestado ao parceiro privado, o que poderia levar à conclusão de que se trata de atividade econômica em sentido estrito. A meu ver, a

⁷⁴⁸ Essa tese é defendida, a propósito do FGP, por MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO. *Comentários...*, p. 339 e ss.

atividade desempenhada pelos fundos garantidores serão tomadas pela Administração Pública, não podendo assim ser qualificado como um serviço securitário à disposição do parceiro privado.

A concepção do fundo garantidor deve ser admitida, ademais, como uma solução organizacional-estrutural da Administração quanto à configuração de garantias às obrigações assumidas por si em contratos concessórios de desembolso. Da mesma forma que à Administração faculta-se a criação de empresas estatais afetadas à prestação de serviços de apoio à Administração (ainda que isso possa traduzir em alguns casos solução reprovável de um ponto de vista da eficiência), a criação de fundo garantidor com fim específico de prestação de garantias ao parceiro público de PPP configura uma opção estrutural do Estado, de auto-organização do aparelho administrativo para a busca de determinados fins.

Naquilo que diz com os pressupostos à sua instituição, sob a ótica da natureza da atividade, deve-se ter em vista que as atividades de apoio à Administração têm sido historicamente equiparadas à noção de serviço público. Inaplicáveis a elas a exigência de atendimento aos pressupostos do art. 173 da Constituição. Trata-se de aludir que o fundo garantidor que desempenhe atividade de apoio (de cariz não interventor) não estará adstrita à observância daquelas regras.

Não se perca de vista que equiparar o fundo garantidor ao regime do serviço público pode suscitar discussões a propósito da *penhorabilidade* de seus bens e da sua submissão ao sistema de precatórios. Isso porque, muito embora tenha o fundo natureza de direito privado, não tem sido incomum o reconhecimento (inclusive pela jurisprudência) acerca da impenhorabilidade de bens que, mesmo titularizados por ente de natureza privada, estejam afetados à prestação do serviço público. O tema será melhor focado abaixo – ao analisar-se o regime dos bens dos fundos garantidores.

3.4.5.2.2 Fundo garantidor como prestador de atividade econômica em sentido estrito

Não é inviável, entretanto, pensar-se em fundos garantidores que exerçam atividade econômica em sentido estrito. Nesta hipótese, estaríamos diante de fundos

que, além de desempenharem atividade securitária à Administração, possuam objetivo especial ampliado, com perspectiva jurídica de atuação no mercado – oferecendo serviços securitários a terceiros⁷⁴⁹. A hipótese refere-se a fundo garantidor com característica interventora no domínio econômico – explorando atividade econômica mediante a *intervenção por participação*, para usar a taxonomia de EROS GRAU⁷⁵⁰ -, o que atrairá a exigência de atendimento aos pressupostos do art. 173 da Constituição.

Penso que, em sendo um fundo criado para desempenhar atividade econômica em sentido estrito, a finalidade de garantir obrigações pecuniárias da Administração Pública em contratos de parceria público-privada reconduz-se à noção de “relevante interesse coletivo” para fins de atendimento dos pressupostos do art. 173 da Constituição.

Note-se, antes, que, pela dicção do art. 173, tem-se que *relevantes interesses coletivos* devem ser definidos por lei. Como a matéria em específico relaciona-se ao campo do Direito Econômico, trata-se aqui de competência legislativa concorrente da União e dos Estados-membros (art. 24, I, CF)⁷⁵¹. Mas, ainda quando não haja lei federal ou estadual a dispor sobre o tema, de um ângulo do preenchimento da noção de *relevante interesse coletivo* – exame que se presta tanto a fundar diretamente no texto constitucional a (in)viabilidade jurídica em se instituir empresa estatal para atuar (intervir) no domínio econômico⁷⁵², como a verificar os limites negativos do legislador infraconstitucional -, parece-me ser indubitoso que a finalidade de prestar garantias a parceiros públicos em contratos de PPP reveste-se de relevância coletiva tal que cumpre a noção jurídica de relevante interesse coletivo. Não é difícil ver-se.

No objetivo de oferecer alguma delimitação à noção jurídica de relevante interesse coletivo, posso considerá-la, dada a sua indeterminação, tanto numa dimensão lata, como noutra mais estreita, conformada pela lógica da

⁷⁴⁹ No caso federal, o § 2º do art. 1º do Regulamento do FGP vedou expressamente a prestação de garantia para qualquer outro tipo de obrigação que não as obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em contratos de PPP.

⁷⁵⁰ Ver *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 148 e ss.

⁷⁵¹ Neste sentido é a orientação de EROS GRAU. *A Ordem...*, p. 282.

⁷⁵² Para ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, a hipótese é de reserva absoluta de lei formal, donde a atividade econômica considerada relevante deve vir prevista em lei, “não podendo haver qualquer atribuição de poder normativo para a Administração Pública para tanto”. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 178.

subsidiariedade-suplementariedade. Em ambas as cogitações, resulta clara a recondução da hipótese do fundo garantidor ao conceito proposto, inferindo-se a sua constitucionalidade pela adequação ao pressuposto do art. 173 da Constituição.

Suponha-se, por primeiro, que a expressão relevante interesse coletivo, tal com inscrita no art. 173, esteja delimitada pela incidência dos princípios que orientam a ordem econômica, inscritos nos preceitos dos artigos 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219, entre outros – conforme enumeração proposta por EROS GRAU⁷⁵³. Trata-se de acolher, aqui, uma dimensão larga do conceito, pela qual ao Estado estaria autorizada a intervenção por participação no domínio econômico sempre que se verificasse um objetivo abraçado pelos valores veiculados naquelas normas.

Como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inscreve-se no inciso III do art. 3º a *garantia do desenvolvimento nacional*. Trata-se de uma norma-diretriz a ser observada pelo Estado e que informará a organização da ordem econômica. Deve-se admiti-la, ademais, não apenas como tradução de um objetivo de crescimento econômico (dimensão econômica do desenvolvimento), de simples aumento quantitativo da riqueza ou do produto per capita, mas, para além disso, usando das palavras de HELIO JAGUARIBE, como um aperfeiçoamento qualitativo da economia, “através de melhor divisão social do trabalho, do emprego de melhor tecnologia e da melhor utilização dos recursos naturais e do capital”⁷⁵⁴. É norma-diretriz que impõe, além do instrumental objetivo de crescimento quantitativo econômico, o desenvolvimento social, cultural e político da nação: “o processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário”⁷⁵⁵. É esta acepção lata e abrangente do *desenvolvimento* que me parece orientar a intervenção estatal dos fundos garantidores de parceria público-privada no domínio econômico. Explico.

As PPPs são instrumentos postos à disposição da Administração Pública para que promova a recuperação, expansão e criação de infra-estrutura pública. Não é novidade que a possibilidade de crescimento do país depende da superação dos gargalos de logística e das deficiências de infra-estrutura. Logo, investimentos

⁷⁵³ *A Ordem Econômica...*, p. 194.

⁷⁵⁴ *Desenvolvimento Econômico e Desenvolvimento Político*, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1972, p. 13.

⁷⁵⁵ *A Ordem Econômica...*, p. 216.

urgentes em infra-estrutura são demandados na perspectiva de viabilizar o crescimento sustentado do país. Mas os sistemas convencionais de contratação administrativa no direito brasileiro não mais se apresentavam aptos a oferecer modelos que permitissem a atração e aplicação do capital privado a custos acessíveis com vistas à execução de projetos estruturantes. Uma das deficiências daqueles regimes esteve em desprestigiar as garantias ao contratado, num contexto histórico-evolutivo marcado também por reiterados inadimplementos do Poder Público e interferências políticas modificativas dos contratos. Experimentou-se, a partir daí, a expansão dos custos transacionais e, mais além, o desinteresse do setor privado em contratações com o Poder Público. A hipótese, portanto, de fundos garantidores prestarem-se a garantir as obrigações do parceiro público em contratos de parceria público-privada cumpre um propósito de inegável relevância coletiva. A iniciativa permitirá ao Estado tornar o processo de contratação de grandes empreendimentos públicos mais eficiente e econômico, alcançando-se a adjudicação de propostas sérias e mais econômicas à própria Administração. Trata-se, em última análise, de iniciativa que favorecerá a economia e a eficiência na manipulação dos já tão escassos recursos públicos pela via da contratação administrativa.

Debaixo, então, de uma noção larga de *relevante interesse coletivo*, põe-se, não há dúvida, a atuação interventora dos fundos garantidores de PPP.

Mas, a partir de um enfoque mais restrito, a noção de *relevante interesse coletivo* pode estar associada, no sentido que lhe dá o art. 173, à subsidiariedade do Estado como agente interventor da ordem econômica. Trata-se de compreender que o Estado só poderá intervir à guisa de participação no domínio econômico a partir de um relevante interesse coletivo que o autorize, que surgirá pela ineficiência ou deficiência do mercado verificada em determinados setores. Ainda quando se adote, pois, essa acepção restrita da fórmula “relevantes interesses coletivos”, não é difícil concluir pelo enquadramento da atividade desenvolvida pelos fundos garantidores sob seu âmbito.

Talvez aqui seja o caso de recuperar o sentido da *suplementariedade* que marcara o regime interventor (por participação) de empresas estatais ainda durante a vigência da Emenda Constitucional n. 1/69 (§ 1º do art. 170). Com EROS GRAU, seria de acolher as seguintes hipóteses que completariam uma tentativa de

sistematização do assunto, tirando-se do caráter suplementar da atuação estatal: (a) a atuação para suprir incapacidade ou falta de interesse momentâneo do setor privado; (b) a atuação para suprir insuficiência da oferta de determinados bens ou serviços; (c) a atuação para cobrir situação de monopólio de fato; e (d) a atuação para implementar a função social da propriedade (empresa) e a promoção do pleno emprego⁷⁵⁶.

Consideradas estas atuações estatais vocacionadas a cumprir uma intervenção meramente suplementar da ordem econômica, a hipótese do fundo garantidor de PPPs dedica-se a suprir incapacidade ou falta de interesse momentâneo do setor privado e uma insuficiência da oferta de determinados bens ou serviços.

É fato que não há no setor privado oferta de serviços securitários acessíveis a garantir obrigações do Poder Público assumidas em relação jurídico-contratual. O elevado risco político que pesa sobre a Administração, associado a um histórico de práticas de inadimplemento e do uso excessivo de interferências jurídicas imperativas no âmbito de contratos administrativos, inibiu a criação de um mercado securitário dirigido a atender a prevenção quanto à materialização de contingências relacionadas a inadimplementos (inclusive pecuniários) do Poder Público. São raras ou inexistentes ofertas de serviços desta natureza pelo mercado nacional. Mesmo no exterior é incomum que o setor privado contemple a prestação de serviços desta espécie, cabendo referir – como mencionado acima – ao *MIGA – Multilateral Investment Guarantee Agency* e ao *OPIC – Overseas Private Investment Corporation*, como algumas das poucas entidades que se especializaram numa modalidade de concessão de seguro contra *risco político (political risk insurance)* e risco de quebra contratual (*breach of contract/contract frustration*).

A considerar, assim, o interesse relevante do Estado em adquirir serviços desta natureza, buscando assegurar às suas contratações de parceria melhores condições econômicas, afigura-se lícita a intervenção estatal, através de fundo garantidor, dedicada a suprir ou suplementar a prestação desses serviços pelo mercado.

⁷⁵⁶ Mas o jurista reconhece que a noção de *relevante interesse coletivo*, assim como veiculada pela Carta de 88, é bem mais ampla do que a atinente ao caráter suplementar da atuação estatal, vigente na Emenda Constitucional n. 1/69. *A Ordem...*, p. 285.

De todo o modo, a configuração subjetiva do fundo, afetando-o ou não ao exercício de intervenção no mercado, dependerá da disciplina que lhe for aplicável pela lei e pelo regulamento aplicável.

Vale agregar, por fim, que no escopo do fundo garantidor pode incluir-se não exclusivamente a prestação de garantias diretamente ao parceiro privado em contratos de PPP, mas, ainda, a prestação de contra-garantias a entidades seguradoras e organismos multilaterais que garantam as obrigações dos entes cotistas desses fundos. Essa possibilidade veio prevista no § 1º do art. 23 do Regulamento do FGP – criado por norma federal. Trata-se de caso em que, por razões econômicas e mercadológicas, seja mais conveniente a formatação de uma garantia cruzada à instituição que garantirá as obrigações do parceiro público. Não será improvável que ao mercado tornem-se mais palatáveis, por exemplo, garantias (às obrigações dos parceiros públicos) prestadas por entidades seguradoras independentes ou organismos multilaterais, comparativamente à hipótese de prestação direta de garantia pelo fundo garantidor. Neste caso, bem sopesadas as vantagens e desvantagens desta formatação (o que envolveria aparentemente um custo adicional correspondente à remuneração da instituição seguradora independente), poderia ser configurada uma modalidade de contra-garantia prestada pelo fundo garantidor à instituição seguradora no objetivo de mitigação dos custos incidentes à operação securitária, ou mesmo como atendimento a uma exigência para a viabilidade do negócio.

3.4.5.3 A Constituição do patrimônio do fundo garantidor

Os fundos garantidores poderão ter seu patrimônio integralizado pelas pessoas políticas e, ainda, por entidades administrativas que lhe são vinculadas (à semelhança do que se procedeu com o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, que recebeu, pela Lei n. 11079/2004, autorização de participação da União, suas autarquias e fundações, até o limite de R\$ 6 bilhões).

É natural, como penso, que o fundo garantidor receba a participação e a subscrição de patrimônio da pessoa política (e de suas unidades administrativas) *para a qual* representará garantia aos parceiros públicos em contratos de PPP (assim como se procedeu no caso federal). Essa mesma lógica poderá informar a

constituição de fundo garantidor para assegurar garantias em contratos de PPP firmados por consórcios públicos.

Uma vez acolhidos esses fundos como prestadores de atividade econômica em sentido estrito, cobrando remuneração pelo desempenho da prestação de garantias, surgirá a possibilidade de que outros entes privados ou públicos, governamentais ou não, possam participar do fundo na qualidade de cotistas.

De todo o modo, esta será uma hipótese atípica relativamente ao caráter da atividade a ser exercida pelo fundo, que, como regra, se prestará a conceder garantias a entes governamentais em contratos de PPP. Daí que seu patrimônio será constituído pelas pessoas políticas e por seus entes administrativos, na medida da necessidade e conveniência quanto ao fortalecimento da segurança institucional no que diz com a estabilidade dos contratos e com o cumprimento das obrigações do Poder Público nesta sede.

Em princípio, o patrimônio desses fundos será formado por aportes de bens e direitos providos pela pessoa política e pelos demais entes, como integralização de cotas, e, ainda, pelos rendimentos que decorrerem de sua administração. Será administrado por um ente externo, que poderá ser uma instituição financeira vinculada ou não à Administração⁷⁵⁷, encarregada de desempenhar, entre outras funções relevantes, a própria gestão das garantias.

Adotando-se o exemplo federal, o ativo dos fundos garantidores poderá estar decomposto em classes e séries, permitindo-se uma classificação de seus elementos patrimoniais com vistas ao desempenho de sua administração e da prestação de sua atividade-fim. A cada classe ou série de ativos pode estar associada um conjunto específico de modalidades de garantias passíveis de serem outorgadas. A conformação destes aspectos far-se-á, caso a caso, por delimitação legal ou regulamentar.

3.4.5.4 O Regime dos bens do fundo garantidor

A natureza dos bens do fundo garantidor é um aspecto relevante a ser destacado, pois importa consequências diretas no regime de sua alienabilidade e

⁷⁵⁷ O FGP, a exemplo, será administrador pelo Banco do Brasil, como se tira do art. 2º do Regulamento do FGP.

penhorabilidade, refletindo na sua submissão ao regime de execução civil, alternativamente ao sistema de precatórios imposto à Fazenda Pública (art. 110, CF; art. 730 do C. de Pr. Civil).

Retome-se, aqui, que bem público, na definição do artigo 98 do C. Civil, são os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. O dispositivo encerra um critério subjetivo de qualificação dos bens públicos – serão exclusivamente aqueles titularizados pelas pessoas públicas. A qualificação abarca inclusive pessoas jurídicas de direito público “a que se tenha dado estrutura de direito privado”, desde que a lei não disponha em sentido contrário. Provavelmente, intencionou o legislador referir às fundações públicas que apresentam estrutura equivalente à de direito privado⁷⁵⁸.

Como os fundos garantidores terão personalidade jurídica de direito privado – não se reconduzindo assim à relação de pessoas jurídicas de direito público interno prescrita pelo artigo 41 do C. Civil -, seus bens serão – na conformidade da prescrição do art. 98 do C. Civil – *privados*. Assim sendo, poderão ser livremente alienados ou penhorados, não se submetendo, portanto, ao regime jurídico dos bens públicos, marcado por estas restrições.

É de sem notar que, em princípio, só os bens dominicais poderão ser transferidos pela pessoa pública ao patrimônio do fundo garantidor. Lembre-se que os bens públicos poderão ser de uso comum do povo, de uso especial e dominicais. Diversamente dos bens públicos de uso comum (tais como rios, mares, estradas, ruas e praças) e dos de uso especial (tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias), os bens dominicais serão, residualmente, todos os demais, e que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (inciso III do art. 99 do C. Civil). Sobre estes bens não pesa

⁷⁵⁸ Este dispositivo tem suscitado interpretações distintas pela doutrina. Fico, contudo, com a interpretação que lhe dá MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que diz ser a referência mais provável às fundações instituídas pelo poder público com personalidade jurídica de direito público, mas que tenham a mesma estrutura das fundações de direito privado. “Como a personalidade é de direito público, é a lei instituidora que vai definir o regime aplicável e a medida em que serão derogadas as normas do Código Civil referentes ao instituto”. *Direito Administrativo*, 20.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 396 e 620.

proibição de alienação (porquanto não são bens *afetados*), estando livre a pessoa pública para transferi-lo ao fundo garantidor. Já certos bens de uso comum do povo e aqueles de uso especial, que são inalienáveis enquanto mantiverem essa qualidade, poderão sofrer *desafetação*, tornando-se, daí, alienáveis.

Um ponto que merece maior reflexão diz com a (im)penhorabilidade dos bens das empresas estatais que atuam na prestação do serviço público. Este enfrentamento adquire relevância específica na hipótese de considerar-se o fundo garantidor como prestador de atividade de apoio à Administração, situação juridicamente equiparável, para alguns efeitos, à prestação do *serviço público*.

É costumeiramente acolhida pela doutrina a orientação que indica a inalienabilidade (e impenhorabilidade) de certos bens titularizados por pessoas administrativas de direito privado e afetados à prestação do serviço público⁷⁵⁹. Esta posição está assentada na continuidade do serviço público, que não poderia restar ameaçada pela suscetibilidade dos bens que aparelham a sua prestação à penhorabilidade – com todas as conseqüências que disso decorrem. A questão mereceu enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal, que, revendo orientação anterior e examinando a situação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, entendeu pela constitucionalidade de disposição legal que prescrevia a impenhorabilidade de seus bens⁷⁶⁰. O voto-vista do então Ministro NELSON JOBIM justificou a impenhorabilidade dos bens da empresa pública por entendê-los como bens do “patrimônio administrativo”, porquanto integram o serviço público. Esta

⁷⁵⁹ Ver BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*, 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 206. DI PIETRO, M. S. *Direito...*, p. 429; JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 719.

⁷⁶⁰ Recurso Extraordinário. Constitucional. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69. Execução. Observância do regime de precatório. Aplicação do artigo 100 da Constituição Federal. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso Extraordinário n. 220906/DF. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgamento em 16/11/2000.

orientação vem sendo confirmada em diversos outros julgados, todos a propósito da situação da EBCT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos⁷⁶¹.

É claro que a posição acolhida pelo Supremo Tribunal Federal tem em conta uma situação particular daquela empresa, que mereceu prescrição legal específica impositiva da impenhorabilidade de seus bens (art. 12 do DL n. 509/69). Mas o fato é que a Corte fundou a constitucionalidade daquela regra em argumentos que legitimam a impenhorabilidade dos bens de empresas dedicadas à prestação do serviço público⁷⁶².

Penso, contudo, que essa orientação está mal posta.

A condição de penhorabilidade ou impenhorabilidade de certo bem será dada, por um lado, pela sua qualidade de *alienável* ou *inalienável*, e, por outro, pela natureza (pública ou privada) do ente que o titulariza – se submetido ou não ao sistema de precatórios. Os bens de uso comum e aqueles de uso especial serão sempre *impenhoráveis* – enquanto mantiverem essa qualidade - porque *inalienáveis*, como determina o C. Civil. Já os bens de dominicais, que são alienáveis, serão impenhoráveis, quando integrados na Administração direta, como decorrência da sua submissão ao regime de precatórios. Os bens privados serão, como regra, sempre penhoráveis.

Nada impede que às empresas estatais sejam atribuídos tanto bens de uso especial, como bens dominicais, para fins de prestação do serviço público ou de

⁷⁶¹ Vide: RE 336685/MG, RREE 220.906-DF, 229.696-PE, 230.072-RS, 230.051-SP e 225.011-MG. Note-se que, no Agravo Regimental n. 243250/RS, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, com julgamento em 10/02/2004, assim ementado: “Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: execução (CF, art. 100; C.Pr.Civil, arts. 730 e 731): recepção pela Constituição de 1988 do art. 12 do Decreto-Lei 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre eles o da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução fazer-se mediante precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição da República”, o Ministro Carlos Ayres Brito, por ocasião dos debates, assinalou que a consonância da extensão deste privilégio adviria de certa peculiaridade do serviço postal, como sendo a única atividade de serviços públicos a que o texto constitucional não “tratou em termos de repasse” (concessão, permissão ou autorização). Já o Ministro Marco Aurélio acompanhou, com ressalva, o voto condutor do Acórdão, anotando que estar convencido “de que norma do art. 100 é excepcional, pressupõe débito, constante de título judicial, de pessoa jurídica de direito público, e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e pessoa jurídica de direito privado”.

⁷⁶² Concluindo, aparentemente, pela submissão das pessoas administrativas de direito privado afetadas ao serviço público ao sistema de precatórios, ver BUENO, Cassio Sacarpinella. “Execução por Quantia certa contra a Fazenda Pública – Uma proposta atual de sistematização”, *In Processo de Execução* (coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: RT, 2001, p. 123 e 124.

atividade de suporte⁷⁶³ - eventualmente a execução do serviço público demandará a posse e gestão pela empresa estatal de bens públicos de uso especial. Em última análise, portanto, a lei que autorizar a criação da empresa pública poderá fixar o regime jurídico de seus bens.

Pois a penhorabilidade ou impenhorabilidade destes bens deverá estar orientada pelo regime jurídico que lhes seja aplicável. Para que bens afetados ao serviço público sejam impenhoráveis, é preciso que esta condição esteja prevista em lei ou decorra da natureza do bem.

Contudo e como regra, os bens das entidades administrativas de direito privado, inclusive aqueles adquiríveis pela empresa estatal durante a sua vida empresarial, serão sempre privados. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em obra clássica sobre o tema, mas ainda plenamente atual, após reconhecer que a empresa pública, do mesmo modo que as sociedades de economia mista, quando constituída para a prestação de serviços públicos, encontra, para o serviço em si, prerrogativas e regime específico de direito público, protetor da atividade assim configurável, adverte que a mesma não absorve para si os privilégios defensores do serviço público: “A situação é perfeitamente análoga à de uma empresa particular concessionária de serviços públicos. Isto é: a entidade se rege pelo direito privado; seus bens, suas obrigações, seus atos, em suma, seu regime persistem sendo o de uma empresa mercantil, conquanto o serviço se ache, a bem da coletividade, beneficiado por normas protetoras”⁷⁶⁴.

Portanto, as entidades administrativas de direito privado (seja prestadora de atividade econômica em sentido estrito, seja prestadora de serviços públicos) possuirão bens privados. A só condição de prestadora de serviços públicos não faz de seus bens *públicos*. Se assim desejar o legislador, certos bens deverão restar marcados pela impenhorabilidade. Mas essa não pode ser uma inferência automática do texto constitucional ou do regime jurídico dos bens aplicáveis ao

⁷⁶³ Lembra-se – com MARÇAL – que a atribuição do serviço público a uma entidade da Administração indireta não altera a sua natureza jurídica (do serviço público) nem as condições de sua prestação. Logo, “uma das decorrências é a aquisição pela entidade prestadora de serviço público da titularidade de bens público de uso especial – que são necessários ao desempenho de sua função”. JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 719.

⁷⁶⁴ *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 1979, p. 132.

serviço público, até pela dificuldade de demarcação do conjunto de bens afetados à prestação do serviço público.

De todo modo, não se pode desconsiderar que a impenhorabilidade dos bens afetados ao serviço público é uma orientação que vem sendo reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Ainda que se considere a prevalência deste raciocínio, porém, tal não alcançaria a hipótese de fundos garantidores. Isso porque o *bem* que se quer protegido com a regra excepcional é precisamente a adequada prestação da atividade de interesse coletivo; uma vez penhoráveis os bens que aparelham o serviço público, exposta ao risco de descontinuidade estará a sua prestação. Tal regra só se justifica na preservação do interesse coletivo na continuidade do serviço público ou na atividade de suporte viabilizada por aqueles bens. No caso do fundo garantidor, a situação é exatamente a oposta. Sua atividade-fim, de interesse coletivo, seria interdita uma vez fossem seus bens constitutivos tomados por impenhoráveis. O fundo só existe para atender ao objetivo de interesse coletivo consistente no oferecimento de garantias a parceiros privados em contratos de PPP. Entender que os bens do fundo garantidor seriam impenhoráveis é esvaziar a missão de interesse coletivo para a qual restou ele afetado.

Dito de outro modo: não há *bens afetados ao serviço público* na hipótese de fundo garantidor. Lembrando-se que o critério que vem sendo afirmado como definidor da impenhorabilidade de certos bens titularizáveis pelas empresas estatais prestadoras de serviço público é a sua afetação à execução do serviço público e não a *qualidade do ente* que o titulariza ou a *natureza da atividade* que desempenha (serviço público), há de se concluir pela sua inadequação à hipótese do fundo garantidor. Raciocínio análogo poderia ser produzido a propósito das empresas estatais dedicadas ao oferecimento de garantias em contratos de parceria público-privada.

3.4.5.5 A Constitucionalidade do fundo garantidor de PPPs

Como dito acima, a previsão de fundo garantidor de obrigações do parceiro público pode gerar teses pela sua inconstitucionalidade. Duas oposições à validade da hipótese têm sido levantadas: (a) necessidade de lei complementar à sua

instituição; e (b) ofensa ao artigo 100 da Constituição Federal, por investir contra o sistema de precatórios.

3.4.5.5.1 A primeira oposição: suposta exigência de lei complementar para a instituição de fundo garantidor

A primeira oposição pretende estribar-se na letra do inciso II do § 9º do art. 165, que prescreve competir à lei complementar estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial de administração direta e indireta, bem como *condições para a instituição de funcionamento de fundos*.

Deve-se ter claro, desde logo, que o inciso V do art. 8º não tem a função de instituir fundo, muito menos de disciplinar condições para funcionamento de fundos. Trata-se apenas de uma regra com cunho *declaratório*, na acepção de declarar a viabilidade jurídica - já albergada pelo ordenamento - quanto à implementação de fundos garantidores⁷⁶⁵. É esta a sua função dentro do catálogo de hipóteses meramente *exemplificativas* relacionadas no art. 8º da Lei n. 11079/2004.

Sua exegese, todavia, tem ensejado o desenvolvimento de teses a propósito da inconstitucionalidade em se instituir, a partir da edição de lei ordinária, fundo garantidor. A tese pretende alcançar, sobretudo, a criação do FGP – Fundo Garantidor de PPP, previsto na parte especial (federal) da Lei.

A análise do problema deve partir de uma interpretação gramatical da letra do inciso II do § 9º do art. 165, seguindo-se de uma interpretação lógico-sistemática do texto constitucional, tirada da contraposição entre as normas do inciso II do § 9º do art. 165 e do inciso IX do art. 167.

Ocupo-me, primariamente, de uma interpretação eminentemente gramatical daquele dispositivo. Neste domínio, noto que a fórmula *condições para a instituição e funcionamento de fundos* fixada pelo dispositivo não deixa dúvidas quanto ao caráter genérico da disciplina posta sob a competência do legislador complementar. Reserva-se-lhe competência para a disciplina sobre a instituição e o funcionamento dos fundos em geral, sendo que, uma vez obedecido ao disposto em lei complementar, leis ordinárias poderão delinear hipóteses específicas de fundos.

⁷⁶⁵ É indubitosa a inexistência de óbice jurídico a que fundos garantidores (dotados de personalidade jurídica) sejam configurados pela via legislativa.

Ora, dispor acerca de *condições* para instituição de fundos não é o mesmo que dispor sobre instituição concreta e particular de certo fundo (ou autorizar legislativamente a criação de fundos).

Essa orientação é compatível com a interpretação lógico-normativa da Constituição. Ao mesmo tempo em que o texto constitucional reserva à competência do legislador complementar a disciplina acerca das *condições para a instituição e funcionamento de fundos* (inciso II do § 9º do art. 165), prescreve explícita vedação, no inciso IX do art. 167, à instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia *autorização legislativa*. Desponta clara a distinção assinalada pelo texto constitucional entre disciplinar as *condições para instituição e funcionamento* dos fundos – matéria reservada à lei complementar – e *autorizar legislativamente a instituição de fundos* – autorização por lei ordinária. Novamente aqui se recorre ao postulado hermenêutico que orienta não se presumir a inutilidade das palavras da lei, para dizer que, estivesse compreendida na abrangência da competência do legislador complementar (fixada pela letra do inciso II do § 9º do art. 165) a instituição propriamente de fundos, razão alguma haveria para a veiculação da regra do inciso IX do art. 167.

É conclusivo, pela leitura lógico-normativa daquelas normas, que à lei complementar reservou o legislador constitucional a disciplina acerca de condições genéricas ao funcionamento e instituição de fundos, não impedindo que sua instituição seja produzida por ato estatal de natureza diversa, desde que precedido de autorização legislativa (lei ordinária).

Parece ser essa orientação acolhida pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁶⁶. É neste sentido a observação do então Ministro NELSON JOBIM, que, por ocasião do julgamento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 1726/DF, assinalava que “o argumento de fundo do art. 165, § 9º, inciso II, dispõe, efetivamente, que se exige lei complementar para se estabelecer condições para instituição e funcionamento de fundos. Não se estabelece, evidentemente, que a criação do fundo vá se fazer por lei complementar, ou seja, o próprio sistema autorizaria a criação de fundos por decretos do Executivo, desde que antecedido de autorização legislativa”.

Note-se, ademais, que as *condições para a instituição e funcionamento de fundos* é matéria já regulada por lei complementar, particularmente pela Lei n. 4320/64, que, recepcionada pela Constituição de 88 como lei complementar, traz explicitamente, nos artigos 71 a 74, disciplina (sobre aspectos fiscais) acerca do funcionamento e instituição de fundos especiais⁷⁶⁷.

Portanto, a previsão contida nos incisos II e V do art. 8º da Lei n. 11079/2004 deve ser compreendida a partir da regulação de fundos pelas referidas leis complementares. A tese, então, que vê na letra dos incisos II e V do art. 8º

⁷⁶⁶ Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 1.061, de 11.11.97 (Lei Nº 9.531, De 10.12.97), que cria o Fundo de Garantia para Promoção da Competitividade - FGPC. Alegada violação dos arts. 62 e par. único, 165, II, III, §§ 5º, I e III, e 9º, e 167, II e IX, da Constituição. 1. A exigência de previa lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei nº 4.320, de 17.03.64, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar; embora a Constituição não se refira aos fundos especiais, estão eles disciplinados nos arts. 71 a 74 desta Lei, que se aplica à espécie: a) o FGPC, criado pelo art. 1º da Lei nº 9.531/97, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei nº 4.320/63; b) as condições para a instituição e o funcionamento dos fundos especiais estão previstas nos arts. 72 a 74 da mesma Lei. 2. A exigência de prévia autorização legislativa para a criação de fundos, prevista no art. 167, IX, da Constituição, é suprida pela edição de medida provisória, que tem força de lei, nos termos do seu art. 62. O argumento de que medida provisória não se presta à criação de fundos fica combatido com a sua conversão em lei, pois, bem ou mal, o Congresso Nacional entendeu supridos os critérios da relevância e da urgência. 3. Não procede a alegação de que a Lei Orçamentária da União para o exercício de 1997 não previu o FGPC, porque o art. 165, § 5º, I, da Constituição, ao determinar que o orçamento deve prever os fundos, só pode referir-se aos fundos existentes, seja porque a Mensagem presidencial é precedida de dados concretos da Administração Pública, seja porque a criação legal de um fundo deve ocorrer antes da sua consignação no orçamento. O fundo criado num exercício tem natureza meramente contábil; não haveria como prever o FGPC numa Lei Orçamentária editada nove meses antes da sua criação. 4. Medida liminar indeferida em face da ausência dos requisitos para a sua concessão, não divisados dentro dos limites perfunctórios do juízo cautelar. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 1726/DF Min. Relator Maurício Corrêa; Julgamento em 16/09/1998.

⁷⁶⁷ JOSÉ AFONSO DA SILVA nota que “ao surgir uma constituição, como a nossa, muitas das leis referidas em suas normas de eficácia limitada já existem, e isso tem importância prática, porque tais leis preexistentes, integrativas, não poderão mais ser revogadas pura e simplesmente, pois, aí, se terá uma atividade legislativa inconstitucional e sujeita ao controle jurisdicional”. *Aplicabilidade...*, p. 129.

invasão da competência do legislador complementar parece-me excessiva, pois desconsidera o fato de que já existem leis complementares que, atendendo à missão constitucional, veiculam *condições para a instituição e funcionamento de fundos*⁷⁶⁸.

Mas é possível ir além para sustentar que a inexistência de lei complementar disciplinadora das “condições” para a instituição e funcionamento dos fundos não eliminaria a possibilidade da criação de fundos, desde que precedidos de autorização legislativa. Parece-me, assim como já referido acima, que, ainda que se trate a norma do inciso II do § 9º do art. 165 de uma norma constitucional de eficácia limitada, postula lei integrativa para apenas para certos efeitos secundários, não impedindo que a instituição de fundos possa proceder-se – o que se tira de outros dispositivos constitucionais, como pela interpretação a *contrario sensu* do inciso IX do art. 167.

Então, será lícita, como vejo, e compatível com a Constituição, a criação de fundos pela Administração devidamente precedida de leis ordinárias autorizativas.

3.4.5.5.2 A segunda oposição: suposta ofensa ao art. 100 da Constituição

Uma outra tese que toma por inconstitucional a hipótese do fundo garantidor de PPP gira pela ofensa ao artigo 100 da Constituição Federal⁷⁶⁹, por investir contra o sistema de precatórios. Esta posição é veementemente advogada por KIOSHI HARADA e LUIZ TARCÍSIO TEIXEIRA FERREIRA. Na voz desse autor, “não é lícito ao Estado criar entes da sua Administração indireta, sobretudo se prestadores de serviços públicos, para subtrair-se ao seu regime próprio, o regime de direito público, que implica também sujeição ao processo constitucional de execução previsto no art. 100 da Constituição da República. É-lhe interdito mascarar-se de empresa privada com o fito específico de poder oferecer bens e receitas públicos em

⁷⁶⁸ O afirmado aqui se presta a afastar, ainda, uma inferência que tem sido feita a propósito de uma suposta invalidade do FGP – Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – definido e disciplinado pelos art. 16 a 21 da Lei n. 11079/2004. Nada há de ilegal ou inconstitucional na criação e regulamentação do FGP por lei ordinária, pois que veicula uma regulação de aspectos particulares do fundo, respeitados os limites configurados pela lei complementar (Lei n. 4320/64).

⁷⁶⁹ Art. 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

garantias de PPP, como se de patrimônio privado se tratasse, renunciando ao seu regime constitucional. Se assim fosse, a qualquer tempo o Estado poderia travestir-se de pessoa privada ou pública e invocar ora o regime de direito privado, ora o público, quando lhe apetecesse, o que seria rematado disparate”⁷⁷⁰.

A tese vê na dicção do inciso V do art. 8º e na previsão do FGP pelo art. 16 e seguintes *desvio de poder legislativo*, porquanto nasceram “de inequívoco e confessado propósito do legislador federal de contornar, por elas, as disposições constitucionais do processo de execução contra a Fazenda Pública constante do art. 100 da Carta Constitucional de 1988, a fim de assegurar aos parceiros privados o recebimento das obrigações pecuniárias dos entes públicos”⁷⁷¹. Esta técnica – diz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO – ofende o princípio da igualdade: “É que todos os demais credores, inclusive os que se encontram na interminável fila de aguardo dos pagamentos de precatórios atrasados, seriam preteridos em favor de megaempresários, os superprotegidos “parceiros” e seus financiadores”⁷⁷².

Tal como formulado, o raciocínio envolve duas teses: (i) *desvio de finalidade* na criação de unidade administrativa de direito privado, que teria sido concebida como uma via para atrair um regime de direito privado (sistema de execução convencional) a uma hipótese em que se exige um regime especial público (sistema de precatório); (ii) *infração à isonomia* por propiciar a certos credores (parceiros privados) uma via alternativa à execução especial pelo sistema do precatório, alcançando a satisfação de seu crédito mediante a execução ao fundo garantidor.

Com o máximo respeito aos argumentos que dão corpo a estas teses, a hipótese do fundo garantidor não retrata, sob qualquer ângulo, infração ao art. 100 da Constituição Federal. É uma hipótese lícita de criação de unidade administrativa de direito privado para atuar no interesse da Administração, legitimada pelo exercício da auto-organização do aparelho administrativo. Pretenderei demonstrar, a seguir, que a hipótese não rivaliza com o texto constitucional; ao contrário, compreende-se num espaço jurídico de auto-organização administrativa conformado pela Constituição. De resto, cumpre um relevante interesse nacional, rumado à trilha do *desenvolvimento*.

⁷⁷⁰ *Parcerias...*, p. 182. Ver também MOTTA, Paulo. “Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas”. In *Interesse Público* n. 7. São Paulo: Nota Dez, 2005.

⁷⁷¹ *Parcerias...*, p. 182 e 183.

⁷⁷² *Curso...*, p. 775.

Um ponto de partida ao enfrentamento destes argumentos deve ser fixado no terreno das formas de organização do aparelho administrativo, erguendo-se uma indagação fundamental acerca dos limites impostos às técnicas jurídico-privadas como forma de organização estrutural da Administração.

É indubitável que o Estado goza de autonomia política de auto-organização, conferida pela Constituição. Neste domínio, respeitados os limites impostos pelo texto constitucional (incisos XIX⁷⁷³ e XX⁷⁷⁴ do art. 37), poderão ser instituídas unidades administrativas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, com vistas a cumprir uma certa política de estruturação e organização do aparelho administrativo, que tem raízes na discricionariedade estatal (entendida como a discricionariedade do legislador e do administrador).

Ao constitucionalizar a distinção entre Administração direta e Administração indireta, assim como as figuras da empresa pública e da sociedade de economia mista, configuradas pelo Decreto-lei 200/67, a Carta de 88 acolhe a viabilidade do Estado recorrer a formas organizacionais de direito privado. Delega, ainda, à própria Administração, sob a chancela do legislador infraconstitucional, a escolha política sobre o perfil estrutural e organizacional da Administração, permitindo-lhe, por exemplo, prestar a atividade do serviço público *diretamente* (mediante órgãos despersonalizados integrados em sua estrutura central) ou *indiretamente* (por meio de entidades personificadas, notadamente de cunho empresarial e de natureza jurídico-privada). Quando o legislador autoriza a criação de entes empresariais estatais para (por exemplo) prestar o serviço público, atrai à hipótese todo um regime jurídico híbrido, marcado também por normas de direito privado, bastante diferenciado do regime da prestação direta.

Não seria errado pontuar que essas escolhas pressupõem todo um regime jurídico diferenciado que norteará o desenvolvimento daquelas atividades sob a roupagem jurídico-privada (numa avaliação comparativa com o regime jurídico-público). Assim e por exemplo, uma decorrência da escolha do formato de prestação indireta de serviços públicos comparativamente ao modelo da prestação direta está

⁷⁷³ “Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

⁷⁷⁴ “Depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

em submeter credores de dívidas vencidas por sentença judicial contra a entidade administrativa empresarial ao sistema convencional de execução civil, distanciado do regime de precatórios imposto à conta de situação análoga em face da Administração direta. Este um aspecto a ser considerado pelo administrador e pelo legislador no momento em que define afetar um ente integrado na sua Administração indireta à prestação do serviço público.

Fato é que essas escolhas guiam-se por razões políticas e econômicas, que consideram a eficiência, a agilidade e a mobilidade da ação administrativa em busca dos fins do Estado, agindo em certo setor (na atuação empresarial). Aliás e historicamente, são precisamente essas as razões precípuas que conduziram a Administração, em diversos países do mundo, a optar por formas de direito privado. Com lembrado por ENTERRÍA e FERNANDEZ, o uso inicial pelo Estado das técnicas mercantis na Espanha (originariamente, de uma forma ocasional e esporádica) demonstraram “a utilidade que apresenta para a Administração a adoção de uma roupagem mercantil para a gestão de atividades industriais e comerciais, especialmente porque libera imediatamente dita gestão das limitações de Direito Público e porque supõe acolher-se a umas técnicas (contábeis, de administração, de relação com o pessoal, de atuação no mercado) que têm provado, com sobras, sua eficácia no seio da economia capitalista”⁷⁷⁵. Não foram outras as motivações ao caso brasileiro, que resultaram na implementação do ciclo gerencial de 1967, consolidado pela edição do Decreto-lei 200/67.

Subjacentemente a este debate, a teoria das formas de organização da Administração experimentou o exame dos limites oponíveis à discricionariedade estatal no uso de formas de direito privado. Essa discussão fecundou-se intensamente na doutrina alemã, onde parece ter prevalecido historicamente um princípio de *liberdade* da escolha quanto às formas de organização da Administração (quanto ao uso de técnicas de direito público ou privado)⁷⁷⁶. Como afirma HARTMUT MAURER, observadas certas vinculação jurídico-públicas, a Administração tem liberdade de produzir suas prestações com base em formas

⁷⁷⁵ *Curso de Derecho Administrativo*. Vol 1. 10.ª ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 417. Mas os autores advertem os excessos incorridos historicamente pelo Estado no uso da forma jurídico-privada como via de atuação.

⁷⁷⁶ Como aprofunda MARIA JOÃO ESTORNINHO. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 190.

jurídico públicas ou jurídico-privadas. E esta liberdade diz também respeito às *formas de organização* da instalação⁷⁷⁷.

O direito nacional conheceu também o princípio da liberdade das formas de organização administrativa, observados os limites constitucionais. Nada impede, pois, que a lei altere a estrutura administrativa estatal a partir da introdução de novos entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, afetando-os a certos objetivos de interesse público. Estes objetivos podem revelar a execução de serviços públicos (objeto de vocação de empresas públicas ou sociedades de economia mista), de serviços sociais (objeto de vocação de fundações, por exemplo), de atividade econômica em sentido estrito (objeto de vocação de empresas públicas ou sociedades de economia mista) e de atividades de apoio à própria Administração (objeto de vocação de empresas públicas, entes autárquicos ou fundacionais). Contrariamente ao que se passa com o desempenho de atividade econômica em sentido estrito, que exige para a sua execução obediência aos pressupostos inscritos no artigo 173 ou no art. 177 da Constituição, a opção pela prestação estatal do serviço público por unidade administrativa descentralizada ficará à conta de exercício discricionário e político do legislador e da Administração. Para opção pela descentralização de atividades de apoio empresta-se a mesma conclusão (uma vez que não há intervenção no domínio econômico, não se caracterizando então, para fins de sujeição aos pressupostos do art. 173⁷⁷⁸, como atividade econômica em sentido estrito).

Deve-se agregar, ainda, que os esquemas organizacionais da Administração hoje conhecidos pelo direito positivo não são definitivos, na acepção de não ser inviável a configuração legislativa de entes jurídicos dotados de peculiaridades desconhecidas presentemente do direito posto. Uma vez não existir no texto constitucional delimitações e esquemas definitivos quanto à estrutura administrativa (que retrata a encampação da estruturação organizacional prescrita pelo Decreto-lei 200/67), nada impede que lei ordinária introduza novos sujeitos de direito, integrando-os na esfera da Administração Pública. Esta advertência foi relevantemente proposta por MARÇAL JUSTEN FILHO, que anotou ser um profundo

⁷⁷⁷ *Direito Administrativo Geral*. São Paulo: Manole, 2006, p. 9 e 10.

⁷⁷⁸ “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

equivoco reduzir a dimensão das modalidades organizacionais de Administração indireta apenas aos esquemas contidos no Dec.-lei n. 200: “Outras modalidades de entidades estatais poderão surgir, produzidas a partir da inovação legislativa. O regime jurídico a ser aplicado dependerá das características que forem impressas às novas entidades pelo legislador, o qual dispõe de acentuada autonomia em face da disciplina constitucional vigente”⁷⁷⁹.

Logo, a criação de fundos garantidores, como um ente dotado de personalidade jurídica própria e com vocação assemelhada a de uma empresa pública que presta atividades de apoio à Administração (ou atividade econômica em sentido estrito), é admitida pelo ordenamento constitucional, e se apresenta como uma técnica de gestão organizacional estatal.

A questão que deve ser aprofundada repousa sobre os limites da discricionariedade estatal na hipótese – supondo-se a criação de um ente descentralizado vocacionado a prestar garantias a certa classe de contratantes -, visualizada pela lente do desvio de poder legislativo e administrativo por infração imediata ao sistema de precatórios e, mediata, ao princípio da isonomia.

Neste enfrentamento, parte-se da evidência de que o texto constitucional, ao mesmo tempo em que erigiu um sistema específico de pagamento de débitos vencidos (e em execução) em face da Fazenda Pública, derogatório da disciplina vigente no direito privado, admitiu a criação estatal de unidades administrativas de direito privado. Se é verdade, portanto, que o regime de precatório deve se impor a todos os casos que envolvam a Fazenda Pública diante da situação-hipótese, é certo também que, ao admitir a existência de entes administrativos de direito privado, acolheu a Constituição a hipótese em que bens públicos, trasladados ao domínio de um ente de direito privado – tornando-se daí bens privados -, passem a constituir o patrimônio de uma pessoa privada, e, por conseguinte, a submeter-se a uma disciplina distinta do regime dos precatórios. Admitiu o texto constitucional, assim, que os credores destes entes administrativos privados constituídos pelo patrimônio público transferido de uma pessoa pública façam uso da execução civil como via de satisfação de seu crédito.

É da própria Constituição, então, que se apanham essas duas posições a propósito da sistemática da execução de créditos contra a Administração Pública

⁷⁷⁹ *O Direito das Agências...*, p. 391.

(tomada a expressão aqui num sentido abrangente): a submissão dos credores da Fazenda Pública ao regime de precatórios e a submissão dos credores de unidades administrativas de direito privado à execução civil - ainda que estas sejam criadas e constituídas a partir da segregação de patrimônio originário da Fazenda Pública. Não há nenhuma fuga do regime público nisso ou qualquer infração à isonomia; há, sim, duas posições constitucionalmente reconhecidas, que se põem como conseqüências de escolhas do administrador e do legislador, valendo-se de técnicas de organização do aparelho estatal.

O fato de um fundo garantidor responder à guisa de garantia por certas obrigações pecuniárias da Administração na qualidade de parceiro público em contrato de parceria público-privada não desafia o regime de precatórios, uma vez que aquele tem natureza jurídica de direito privado, não estando a ele submetido.

Deve-se notar que o regime da execução especial em face da Fazenda Pública pela sistemática do precatório não é uma técnica de nivelar todos os credores da Administração Pública, mas apenas de impor previsibilidade, organização e isonomia aos titulares de créditos *em execução* em face da Fazenda Pública. É uma técnica excepcional, que só se realiza uma vez infirmada a presunção de adimplemento espontâneo dos débitos públicos. A finalidade de obediência à ordem de precatório contém-se, assim, nos limites de seu âmbito de aplicação. Desde que se verifique um crédito *retratado na execução de uma sentença judiciária em face da Fazenda Pública*, obedecer-se-á, quanto ao seu pagamento, a ordem cronológica de apresentação, mediante a inclusão do debito no orçamento.

O sistema de precatórios é um procedimento de *execução especial* em face da Fazenda Pública, originado especialmente de uma necessidade de controle sobre a aplicação dos recursos públicos - que não poderiam sofrer apreensão brusca, à margem do orçamento, sob pena do sacrifício de investimentos relevantes ao interesse coletivo - mas também com vistas a assegurar uma ordem cronológica de apreensão dos créditos titularizados em face da Fazenda Pública⁷⁸⁰, evitando-se favoritismos e privilégios ao arbítrio da vontade da Administração naquele domínio. A ordenação cronológica destes pagamentos é uma conseqüência da necessidade

⁷⁸⁰ Ver VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 161 a 163.

de se ter uma técnica precisa de organização dos pagamentos no nível do orçamento. As pessoas administrativas de direito privado, por exemplo, não estão a ele submetidas porque sua estrutura organizacional não exige procedimento desta natureza.

Assim e no que refere às pessoas públicas, se há créditos que não chegam ao procedimento de execução – ou, mais precisamente: que não ultrapassam a fase da condenação judicial -, não lhes é imposta a sistemática dos precatórios, permitindo-se sua gestão pela Administração sem que isso importe infração ao princípio da isonomia em relação a credores que desaguaram na necessidade de execução contra a Fazenda. Não se deve perder de vista a presunção de pagamento espontâneo dos débitos públicos. Sugerir que débitos da Fazenda não poderiam ser pagos ainda antes da condenação judicial em homenagem à ordem dos precatórios é admitir uma extensão que esse regime (dos precatórios) obviamente não tem. Eventualmente, a economicidade imposta à Administração imporá o adimplemento de obrigações vencidas⁷⁸¹ antes que seja ajuizada ação judicial ou mesmo execução (desde que antes da condenação)⁷⁸².

Daí que o desvio de fim cogitado pela tese aqui analisada não está propriamente em evitar o sistema de precatórios a certos credores pela existência do fundo garantidor, mas em desestimular a *execução* do débito em face da Fazenda Pública, uma vez criada a possibilidade de executar-se diretamente o fundo garantidor. Ou seja: alude-se a que seria anti-isonômico uma decisão que visasse desestimular certos credores de contratos específicos contraídos com a Administração à execução em face da Fazenda mediante a técnica dos fundos garantidores. O sistema de precatórios segue sendo aplicável a estes créditos, mas

⁷⁸¹ Como defende ROMEU F. BACELLAR FILHO, “A Administração pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades”. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 193.

⁷⁸² Refira-se à ponderação de EDUARDO TALAMINI quanto à possibilidade da Fazenda cumprir espontaneamente o mandado monitório na hipótese de ser ré em ação monitória: “O cumprimento espontâneo do mandado monitório, naqueles casos em que a Fazenda ré constata não proceder a sua postura de inadimplemento, é perfeitamente possível. Nesse momento, ainda não há condenação da Fazenda Pública. O mandado monitório é a última oportunidade que se dá ao réu para pagar, antes ainda da formação do título executivo. Portanto, o cumprimento do mandado pela Fazenda não viola o regime dos precatórios. Então, se a Administração sabe que não tem razão, sabe que deve, convém que ela cumpra o mandado monitório – inclusive porque isso lhe trará uma vantagem, que é a isenção de custas e honorários. “A (In)disponibilidade do Interesse Público e suas Consequências Processuais”, *In Curso de Direito Administrativo* (coord. Marcelo Harger). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 426.

se cria uma via alternativa de realização do crédito independentemente de execução da pessoa pública.

Portanto, sempre que um sujeito detiver um crédito *em execução* em face da Fazenda Pública, *inclusive o parceiro privado de contrato de PPP possuidor de garantias oferecidas pelo fundo garantidor*, estará submetido ao sistema de precatórios. Mas isso não impede a Administração de, verificados certos pressupostos, adotar técnicas de *garantias* a seus parceiros contratuais, cuja posição jurídica autorize providência desta natureza. Tal pode decorrer da aplicação do princípio constitucional da eficiência. Eventualmente, o estabelecimento de garantias ao contratado pode constituir uma via de arranjar certo ajuste contratual de modo mais econômico (e eficiente) ao Erário.

A hipótese deve ser tratada como uma decorrência do princípio de liberdade de estipulação dos contratos administrativos, que possibilita à Administração fazer uso (no âmbito residual que lhe deixa a moldura normativa fixada pela aplicação de regras, princípios e diretrizes) de uma decisão negocial, que se orienta, em última análise, por critérios *econômicos*, sensíveis ao mercado. Assim, é lícito oferecimento de garantia a certa classe de contratos, buscando-se soluções mais econômicas à Administração, sem que isso retrate uma infração ao art. 100 da Constituição⁷⁸³. E não há qualquer ilicitude em buscar meios e técnicas jurídicas adequadas a satisfazer a exigência de mercado neste particular, no propósito de atender a uma necessidade relevante da Administração. Em muitos casos, o oferecimento de uma garantia contratual pela Administração pode ser uma condição de factibilidade à realização de certa contratação, por tratar-se de uma exigência mercadológica.

O regime contratual não pode ser insensível ao mercado, desconsiderando a sistemática de incentivos que informa o contrato. Se certa parceria com o setor privado pode retratar uma solução relevante ao interesse coletivo – como a PPP, que se impõe (presentemente) como uma técnica imprescindível para a implementação de projetos estruturantes no país -, é necessário modelar uma estrutura de contrato capaz de adequar-se à lógica do mercado-parceiro. Mais do

⁷⁸³ Na ótica dos mercados, se a exigência de garantia em face dos particulares em geral impõe-se como meio de reduzir os riscos de escassez patrimonial a responder por eventual inadimplemento, sua exigibilidade relativamente à Administração busca resolver não propriamente um problema de solvabilidade, mas de não-efetividade na realização do crédito (o que envolve a problemática do regime de precatórios).

que isso, é imperioso conceber um modelo que, a par de certa necessidade contratual da Administração, alcance a maximização dos resultados econômicos ao setor público. Trata-se de cumprir os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade no exercício da atividade contratual da Administração.

A hipótese do fundo garantidor, neste aspecto, retrata uma iniciativa em reduzir os custos transacionais e alcançar uma modelagem econômica mais eficiente à própria Administração.

Parta-se do seguinte quadro fático considerado pelo legislador da PPP: (i) o Estado nacional necessita de investimentos prementes em infra-estrutura pública, de molde a permitir o crescimento do país, expandindo o produto bruto para viabilizar com isso os projetos sociais que lhe ponham na rota do *desenvolvimento*; (ii) o Estado não detém expertise nem recursos ou mesmo capacidade de endividamento para, por si, cumprir a execução dos projetos estruturantes de que necessita o país; (iii) a iniciativa privada não detém, como princípio, interesse econômico na participação e no financiamento de projetos estruturantes de longo prazo contratados com o setor público, considerados os níveis de risco que pesam sobre a hipótese, o que envolve um histórico de práticas de inadimplemento e interferências políticas no âmbito dos contratos, associadas a um pouco efetivo sistema de pagamento de débitos públicos (regime dos precatórios). Dado esse panorama, a prevalecer o interesse do Estado em perseguir modelos de contratação com a iniciativa privada para atuação em projetos estruturantes, impunha-se a missão de encontrar técnicas de garantias eficientes e econômicas às suas obrigações contratuais. Diversas espécies de garantias contratuais poderiam ser fixadas (como o foram) para atender a esta necessidade da Administração; dentre elas, o fundo garantidor, concebido por traduzir uma das soluções menos onerosas ao Estado. É preciso ver-se que os custos com a contratação de serviços securitário privado, a considerar-se a realidade de riscos em que se envolve o Poder Público como ente contratante, são excessivos, para não dizer inviáveis. Isso quando serviços desta natureza não estão interditados pelo mercado ao setor público. Por isso, a hipótese do fundo garantidor consistiu numa opção de garantia contratual em princípio mais econômica comparativamente a outras espécies conhecidas da prática do mercado, revelando-se uma solução mais eficiente ao Poder Público.

O oferecimento de garantias em contratos administrativos pode ser um aspecto redutível a uma análise puramente econômica, que se oportuniza ao tempo do negócio jurídico. Figure-se hipótese em que a Administração Pública está formulando um ajuste contratual para a aquisição de um serviço cujo preço está fixado em X. Se restar integrada no negócio uma *garantia* ao contratado, de modo a reduzir a insegurança precificada no valor ofertado, o preço reduz-se para X-Y. Mas a Administração, para fins de alcançar esta redução, terá de contratar no mercado securitário um seguro-garantia (cujo beneficiário será o contratado), o que lhe custará Z. Se Z for menor do que Y, há economia para a Administração na contratação da garantia, sendo esta, então, uma solução imposta pela aplicação do princípio da eficiência.

O que se passa é que a experiência com reiterados inadimplementos contratuais da Administração, associada a um pouco efetivo regime de pagamentos de débitos públicos em execução (regime do precatório), produziu um custo transacional excessivamente alto (Y), que se reflete, também, no custo do serviço securitário (Z). Não seria temerário dizer que, considerado o quadro de incertezas que caracteriza certos negócios administrativos, em muitos casos, esses serviços sequer estarão disponíveis no mercado. A hipótese do fundo garantidor é concebida então como técnica para viabilizar a contratação de uma PPP, tornando-a mais econômica a partir também da redução do custeio de Z.

A solução normativa pela *garantia* contratual através de fundos garantidores cumpre, assim, o princípio da eficiência, apta a produzir benefícios econômicos ao Estado. Então, não é adequado compreender a temática dos fundos garantidores como uma técnica de prestigiar certos credores em detrimento de outros, mas, sim, de estruturação de uma solução negocial juridicamente viável e de interesse nacional - e que, de resto, prestigia a economia aos cofres públicos.

Avance-se para rejeitar a tese que veria ofensa à isonomia na configuração de instrumentos de garantias contratuais a *certas classes de contratantes/credores*.

É preciso, quanto a isso, fazer uma correção terminológica, com implicações na definição do problema de fundo. A criação do fundo garantidor não importa na criação de hipótese de garantia a certa classe de *contratado-credor*, mas a certa classe ou categoria de *contrato*. Essa advertência não decorre apenas de um modo de ver o problema, mas de um modo de compreendê-lo.

À Administração não está proscrita a possibilidade de oferecer *garantias* em contratos administrativos em geral. Pode, inclusive, como penso, configurar essa decisão caso a caso, a depender do tipo de contrato, porte e dimensão da operação econômica que lhe é subjacente (critérios objetivos de análise). Esta decisão estará, no mais das vezes, informada pelos cacoetes do mercado em que se produz a operação contratual. Volto aqui ao exemplo do mercado de locações: a exigência de garantia fidejussória à figura do locatário é uma imposição desse mercado. Se a Administração pretender contratar a locação de imóvel na condição de locatária, poderá ser compelida a oferecer garantia (pessoal) oferecida por terceiro como condição a viabilizar o ajuste (ainda que se considere a presunção de solvência da Fazenda). Assim se passa com outros mercados.

O contrato, portanto, há de ser compreendido como uma técnica para a realização de operações econômicas, que se efetiva e produz seus efeitos próprios dentro de certos mercados. Estes, que funcionam sob a lógica da racionalidade econômica, têm cacoetes próprios, que se erguem de suas especificidades e produzem a sua setorização. Disso se infere não haver uma lógica de isonomia que nivele todos os setores do mercado – e nem poderia haver, pois responde, cada qual, a necessidades e exigências distintas. A racionalidade do contrato não pode ser insensível aos aspectos idiossincráticos dos mercados, sob pena de destituir-se de efetividade como um instrumento à realização *eficiente* de operações econômicas.

Assim, a decisão por revestir certo ajuste de garantia contratual será também uma decorrência do mercado. E nada há de anti-isonômico numa decisão desta natureza, supondo-se que outras classes de contratados não têm merecido o mesmo “benefício” da Administração.

A atividade contratual da Administração deve ser entendida como uma técnica pautada prevalentemente pela *economicidade*, justificando-se, nesta missão, certos fatores de *discrimem*. Desde que obstados os favoritismos e a parcialidade, a isonomia não é um valor que autorize afastar solução negocial mais vantajosa à Administração. O princípio da isonomia deve reger a atividade contratual da Administração *a partir* de escolhas guiadas pela economicidade. Assim e por exemplo, a Constituição consagra o *princípio da licitação*, que favorece fortemente a isonomia, traduzida na igualdade de oportunidade aos administrados na contratação

com o Erário. Mas admite o seu afastamento nos casos em que o desenvolvimento material da licitação desequilibre a relação custo-benefício que a justifica. Assim é que a Lei n. 8666/93 consagra em seu artigo 24 (inciso I) a *dispensa* da licitação para contratos de pequeno valor. Isso não equivale a admitir escolhas arbitrárias ou contaminadas de favoritismos ou parcialidade, mas traduz o entendimento de que não se pode em homenagem à radicalização da isonomia produzir-se contratação destituída de economicidade. Em outras palavras: a hipótese da contratação direta por valor reduzido (que envolve certa discricionariedade) não infringe o *direito à competição* dos potenciais ofertantes ao contrato ou o *direito à licitação*⁷⁸⁴.

Nada impede, então, que o direito, pressupondo já as necessidades e especificidades econômicas dos mercados setorializados, configure modalidades de contratos (vocacionadas a atender certos mercados) marcadas pela possibilidade de instituição de técnicas de garantias, parametrizadas normativamente com base na repercussão de seus efeitos econômicos nestes ambientes.

Foi precisamente isso que ocorreu com o tipo da PPP, configurado normativamente com o acolhimento de instrumentos de garantias contratuais ao parceiro privado. A justificação por esta opção legislativa esteve no reconhecimento de exigências do mercado de infra-estrutura que, por envolver projetos de larga dimensão e de diuturna execução, reclama o estabelecimento de garantias aos parceiros da Administração, sob pena de produzir-se a não-efetividade (inércia do mercado, por desestímulo do setor privado) e a ineficiência (expansão dos custos transacionais, por incorporação nos valores contratuais do custo da insegurança) em negócios desta natureza.

Veja-se, ainda, que a parceria público-privada, por ser um modelo configurado peculiarmente para instrumentar *políticas desenvolvimentistas*, adquire um status jurídico singularizado dos demais contratos ditos ordinários, o que lhe

⁷⁸⁴ Outro exemplo poderia ser figurado. Cogite-se o interesse da Administração na construção de uma ponte. Em estudo técnico que envolveu também a análise da economicidade, decidiu-se por certo projeto que exige técnicas sofisticadas de construção. Com isso, consideradas as exigências de qualificação técnica (devidamente proporcionadas ao projeto), elimina-se da disputa 70% do mercado nacional. Perde-se na competitividade do mercado, mas, ainda assim, alcançam-se resultados econômicos mais favoráveis à contratação (pelo uso de tecnologia específica). Seria possível, em homenagem à isonomia e ao universo de ofertantes, pretender a reformulação do projeto com a modificação da solução técnica concebida, mesmo que essa tenha se mostrado mais econômica à Administração? Parece óbvio que não. É que a isonomia não tem, na hipótese, o alcance de guiar as escolhas da Administração, mas apenas o efeito de impedir tratamentos discriminatórios a partir da definição de certa opção de projeto.

justifica um tratamento peculiar, caracteristicamente marcado por certos fatores de *discrimem* no que diz com o tratamento jurídico de garantias ao parceiro privado relativamente à posição jurídica de outros contratados. É indubitoso que o seu papel em configurar uma técnica diretamente envolvida numa política de desenvolvimento (que se ergue na obediência de uma finalidade constitucional do Estado brasileiro – inciso II do art. 3º da Constituição) lhe adjudica um tratamento específico, que autoriza distinções, eventualmente marcado por garantias específicas ao parceiro privado.

Não vejo, então e por todo o exposto, inconstitucionalidade na hipótese do fundo garantidor por ofensa ao art. 100 da Constituição. Trata-se, sim, de uma técnica lícita de viabilizar e otimizar contratos administrativos de infra-estrutura, que passa pela instituição de entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, como uma decorrência de modelos organizacionais acolhidos pelo teto constitucional.

3.4.5. 6 Análise da hipótese à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal: especificamente o problema da concessão de garantias

Superada a análise acerca da constitucionalidade da hipótese do fundo garantidor, seria, por fim, oportuna uma brevíssima nota acerca de sua compreensão à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal, particularmente quanto à disciplina da concessão de garantias.

Retome-se, aqui, que a Lei de Responsabilidade Fiscal disciplinou, em seu artigo 40, a concessão de garantias em operações de crédito. Dispôs que os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados os limites naquela Lei e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal. Já o § 6º deste mesmo artigo dispõe ser vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos.

Tal como disposta, a redação do dispositivo poderia conduzir ao entendimento de que os fundos garantidores e as empresas estatais dedicadas a oferecer garantias ao parceiro privado estariam impedidos de cumprir sua atividade-fim, dado o óbice prescrito pela norma.

Contudo, a norma releva-se inaplicável às hipóteses, por duas razões.

Primeiro, porque o dispositivo disciplina a concessão de garantias por *operação de crédito*, não alcançando a hipótese de concessão de garantia em contrato de parceria público-privada.

O disposto no § 6º só pode ser lido em consonância com a delimitação prescrita pelo *caput* no artigo, que trata de concessão de garantias em *operações de crédito* internas ou externas. Não é possível fugir a uma interpretação lógico-jurídica do artigo, que, ao considerar a sua topografia, impõe a leitura da regra do § 6º em estrita compatibilidade com os limites traçados pela cabeça do artigo. Portanto, a vedação veiculada pela regra do § 6º refere-se (restritivamente) às operações de crédito.

Já se viu atrás que a parceria público-privada não equivale juridicamente a uma operação de crédito; são hipóteses juridicamente inconfundíveis. Operação de crédito é um instituto precisamente definido e tipificado pela própria Lei de Responsabilidade Fiscal. Ainda que ampla a definição da lei, não abarca os contratos de parceria público-privada, pois que põe sob sua delimitação apenas operações eminentemente *financeiras*.

Consiste a *operação de crédito* no compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros (inc. III do art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal). Considerados os seus elementos constitutivos, apenas se poderia aproximar a PPP - a uma primeira e ligeira análise - à hipótese de *aquisição financiada de bens*. Dada a estruturação contratual da PPP, que pode revelar, em certas hipóteses, um formato que permite o diferimento do pagamento pela aquisição de bens (integrada num contrato que complexamente envolve também a atividade de prestação de serviços) pela Administração, há quem possa considerá-la uma operação equiparável à hipótese da *aquisição financiada de bens*.

Ocorre que, como se depreende de numa análise mais específica, a aquisição de bens em contrato de parceria público-privada será sempre um escopo acessório, necessariamente integrado na prestação de serviços (ou melhor: num conjunto de prestações que envolve necessariamente a prestação de serviços).

Pode-se até dizer que uma PPP produz uma hipótese fática equiparável sob alguns ângulos a uma aquisição financiada de bens, mas se trata tão-só um efeito prático da aplicação do modelo de gestão das PPPs, que, como visto atrás, se organiza a partir da combinação de prestações distintas com vistas a atender certas necessidades da Administração. Lembre-se que sequer se admite a simples aquisição de bens pela via da PPP: há explícita vedação pela Lei n. 11079/2004 à hipótese de PPPs que tenham por objeto único a execução de obra ou o mero fornecimento de bens.

Bem diferenciada então a hipótese da parceria público-privada daquela da aquisição financiada de bens, não há que se cogitar de sua submissão ao disposto no § 6º do art. 40 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Há, entretanto, uma segunda razão pela qual o disposto o art. 40 pode revelar-se inaplicável à hipótese de concessão de garantia por fundo garantidor ou empresa estatal. Trata-se de indicar que a alínea “b” do inciso I do art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao fixar o âmbito subjetivo de aplicabilidade, abrange exclusivamente os *fundos*, autarquias, fundações e *empresas estatais dependentes*. A fórmula *fundos*, na hipótese, há de ser entendida como os fundos financeiros, tal como disciplinados pela Lei n. 4320/64. Não se confunde com a hipótese do fundo garantidor, que não equivale a fundo *financeiro*.

Mas uma equiparação possível seria entre fundo garantidor e empresa estatal, tendo-se em vista as suas semelhanças. A considerar-se, contudo, que o fundo garantidor seja equiparável e uma empresa *não-dependente*, a ele não seriam aplicáveis as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, uma vez que tais entidades estão, por força da delimitação subjetiva fixada na alínea “b” do inciso I do art. 1º, excluídas de sua incidência⁷⁸⁵. Essa verificação dependerá, contudo, da condição de

⁷⁸⁵ O § 2º do art. 1º da LRF reza: as disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Nos termos do inciso I do § 3º, nas referências à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos: (...) b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes. Já o inciso III do art. 2º define: empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária. Esta definição é similar àquela constante da Resolução n. 43/2001 do Senado Federal, que estabelece, no inciso II do art. 2º, a definição de empresa estatal dependente como sendo: empresa controlada pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, que tenha, no exercício anterior, recebido recursos financeiros de seu controlador, destinados ao pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital, excluídos, neste último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária, e

empresa estatal não-dependente que revele o fundo garantidor (ou a empresa estatal dedicada a garantir contratos de PPP).

TESES E CONCLUSÕES

O objeto deste trabalho foi oferecer duas abordagens centrais a propósito do novíssimo e (ainda) inexplorado tema da parceria público-privada: (i) *a afirmação do conteúdo jurídico do tipo legal da parceria público-privada no direito brasileiro*; e a (ii) *a construção de um suporte teórico dogmático-hermenêutico* a três aspectos nucleares do regime jurídico das parcerias público-privadas: (a) *as diretrizes aplicáveis*; (b) *as hipóteses de vedação do uso do tipo legal da PPP*; a (c) *o sistema especial de garantias*.

Esses enfrentamentos (especialmente aqueles atinentes ao segundo enfoque, que adquiriram um caráter preponderantemente hermenêutico) tiveram por pressuposto os novos âmbitos de referência à leitura hermenêutica do instituto do contrato administrativo e, particularmente, dos contratos administrativos desenvolvimentistas, como são as parcerias público-privadas.

PARTE I

Na Parte I buscou-se evidenciar a emergência dos novos paradigmas - a *eficiência*, o *consensualismo* e a *administração de resultados* - a orientar a dogmática do contrato administrativo, exigindo a recriação de alguns de seus clássicos postulados. Propôs-se, assim, uma hermenêutica *funcionalista* do contrato administrativo, que o compreenda como um instrumento vocacionado a produzir resultados econômicos eficientes ao interesse coletivo. Debaixo desta hermenêutica, deve o contrato ser lido não apenas segundo uma racionalidade exclusivamente jurídica (e excessivamente ritualística), mas, também, a partir de uma *racionalidade econômica*, que deve guiar as ações instrumentais estatais com vistas à ampliação dos benefícios coletivos e sociais. Propõe-se, ademais, uma hermenêutica capaz de traduzi-lo, na complexidade que lhe é própria, não apenas como um contrato administrativo ordinário, mas como uma técnica manejada pelo direito do desenvolvimento – que já lhe justifica um tratamento jurídico peculiarmente distinto dos demais contratos administrativos.

É a partir destes pressupostos hermenêuticos e com as lentes destes novos âmbitos de referência que foram lidas juridicamente as parcerias público-privadas nos enfoques propostos neste trabalho.

PARTE II

O primeiro enfoque - de caráter mais analítico-dogmático e menos hermenêutico - propôs uma análise acerca da configuração jurídica dos tipos legais da parceria público-privada: concessão patrocinada e concessão administrativa, examinados estruturalmente quanto ao objeto, sujeitos e sistema remuneratório. Neste objetivo forneceram-se os índices centrais de seus tipos, necessários a compor a hipótese de incidência (antecedente) de seu regime jurídico (conseqüente).

Para a afirmação do conteúdo jurídico dos tipos da parceria público-privada, partiu-se do exame de sua natureza jurídica, fixando sua raiz no gênero dos contratos administrativos concessórios de colaboração. Este enfrentamento se fez acompanhar da desconstrução de uma visão ortodoxa do modelo concessório como um tipo que necessariamente pressupõe como seu objeto o *serviço público econômico* e, como via remuneratória do concessionário, o *sistema tarifário*. Apontou-se a inexistência de um figurino *constitucionalmente definido* para a concessão (não tendo merecido esse tema, no que diz com a sua configuração como modalidade de contrato, tratamento constitucional mais específico), decorrendo-se o reconhecimento, a partir do advento da Lei n. 11079/2004, quanto à emergência de um *novo tipo concessório*, que não exige mais, como pressupostos objetivos, o serviço público econômico e o sistema tarifário. E essas inovações – como se viu – estão sintonizadas com o direito comparado – tendo sido brevemente examinados o direito francês, espanhol, português e o europeu comunitário.

Afirmou-se, a par disso, a alteração do conteúdo jurídico do modelo concessório em face do advento da Lei n. 11079/2004, que não só lhe introduziu duas novas espécies concessórias, como produziu modificação substancial no tratamento jurídico da concessão comum, subtraindo de seu tipo legal os arranjos (tipos fáticos) que pressuponham a participação pecuniária do Poder Público como fonte do custeio da concessão – hipótese absorvida pela hipótese da concessão patrocinada.

Nos enfrentamentos acerca do conteúdo do modelo concessório e da acomodação sistêmica das espécies de parceria público-privada no seu âmbito, alcançaram-se as seguintes conclusões:

(1) A parceria público-privada possui a natureza de *contrato administrativo concessório*. Situa-se, de acordo com uma taxonomia proposta pelo trabalho, como espécie de uma classe gênero que se poderia denominar de *concessão* como *contrato de colaboração*.

(2) A partir do advento da Lei n. 1179/2004, ao introduzirem-se as figuras da concessão patrocinada e da concessão administrativa, adotando para sua disciplina o modelo-base da concessão de serviços públicos, delimitou-se uma classe-gênero das concessões, a qual passou a abrigar três espécies: a (1) concessão (comum) de serviços públicos; a (2) concessão patrocinada; e a (3) concessão administrativa.

(3) O advento da Lei n. 1079/2004 produziu alteração no conteúdo jurídico da fórmula concessão (como contrato administrativo de colaboração); a *concessão* passou a conotar menos, mas com significação mais abrangente. (3.1) As decorrências da alteração de conteúdo jurídico do modelo concessório no direito brasileiro são as seguintes:

(3.1.1) *O sistema tarifário não é mais uma peça chave na caracterização do modelo concessório*; sequer se pode dizer que lhe é inerente;

(3.1.2) *O modelo concessório não está mais adstrito aos ditos serviços públicos privativos do Estado*;

(3.1.3) *O usuário não é mais o elemento-chave do modelo concessório*;

(3.1.4) *a concessão não se afigura mais um instrumento vocacionado para instrumentar a delegação de atividades monopolizadas pelo Estado*: a concessão deixa de ser um modo de transferir a terceiros atividades de monopólio estatal, configurando uma modelo abrangente da gestão terceirizada de atividades não privativas do Estado;

(3.1.5) *Há alteração na concepção do risco envolvido no modelo concessório*. Sem afirmar o desaparecimento do risco na concessão, é perceptível que as novas configurações desta técnica, ainda que não o tenham eliminado, favorecem a sua mitigação (como álea ordinária).

(4) As inovações do modelo concessório o aproximam, em muitos aspectos, do modelo dos contratos administrativos gerais, de obras e serviços prestados ao

Estado (com ênfase no controle de meio e baseados num sistema de retribuição exclusivamente provido pela Administração). Mas ainda são identificáveis traços claramente distintivos entre estes modelos, podendo-se destacar as seguintes características que singularizam o modelo concessório:

(4.1) configura a concessão um modo de financiamento peculiar de serviços e obras ao Estado, comportando ajustes de longo prazo e com pagamentos diferidos pela Administração, quando envolvida contraprestação pelo Poder Público;

(4.2) envolve a concessão, como regra, a transferência de certo risco ordinário ao parceiro privado; quando não o *risco de utilização*, o chamado *risco de qualidade*, baseando-se a retribuição do prestador em padrões de desempenho na execução do serviço;

(4.3) a prestação de serviços e a execução de obras objeto dos ajustes concessório pressupõem sua realização com relativa *autonomia de gestão*.

Situados sistemicamente os modelos da concessão patrocinada e da concessão administrativa no âmbito do regime jurídico do contrato administrativo, buscou-se, a partir daí, a decodificação analítica dos tipos concessórios, que foram examinados em objeto, sujeito e sistema remuneratório.

Primariamente, o exame dedicou atenção à concessão comum de serviço público, tratado como um tipo de referência para as parcerias público-privadas. Houve certo aprofundamento quanto à noção de serviço público como objeto de concessão – fixando-se a noção de *serviço público econômico* (ou serviço público passível do modelo concessório), operacional ao exame das parcerias público-privadas - assim como quanto ao sistema remuneratório – elementos-chave para a compreensão do modelo concessório.

Dessa investigação sacam-se as seguintes conclusões:

(5) A concessão comum de serviços públicos tem por objeto a *delegação* da *gestão* de um *serviço público privativo e econômico* a um particular mediante remuneração proporcionada aos resultados da exploração.

(5.1) A alusão à *delegação* justifica-se para evidenciar a translação derivativa (temporária e marcada pela reserva de poderes) de poderes e atribuições da Administração a um concessionário de gerir e prestar um serviço público.

(5.2) A referência à *gestão* indica não só a inexistência do trespasse da titularidade sobre o serviço – que permanece nas mãos do Estado -, mas, também, o

cunho organizacional que marca a estruturação da concessão – inconfundível com a maioria dos contratos administrativos ordinários ou gerais, que é desprovida desta condição. Um aspecto essencial que marca a gestão do concessionário está numa relativa *autonomia* que lhe é assegurada para a administração do *negócio* (autonomia de gestão delegada).

(6) O objeto da concessão comum será (i) o serviço público *econômico* e *privativo* do Estado ou (ii) o serviço comum associado à execução e manutenção de uma obra pública. Alude-se a serviço público *econômico* para identificá-lo como uma espécie de atividade econômica passível da aplicação do *sistema tarifário*; e privativo do Estado para distingui-lo de outros *serviços públicos* de livre prestação pelos privados.

(7) O serviço público será a atividade econômica assim definida por lei, presumidamente essencial e relevante para a coletividade e que revele (materialmente) a necessidade de reserva da titularidade estatal. Como limite negativo à sua configuração, o legislador observará não só o rol de atividades constitucionalmente reservadas à iniciativa privada, assim como a vocação do serviço à satisfação de certas necessidades essenciais e à reserva de titularidade estatal lhes exigidos pelo texto constitucional como pressupostos de sua configuração.

(8) Quanto ao objeto da concessão comum de serviço público, propôs-se uma sistematização de molde a separar as concessões que envolvem a prestação de um *serviço público* daquela que envolve a realização de serviços acessórios a uma obra, distinguindo-se, no primeiro grupo: a concessão (pura) de serviço público – como sendo aquela o escopo do concessionário cinge-se unicamente à prestação de um serviço público --; e as concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública – em que o serviço público decorre e depende da execução prévia de obra pública -; identificando no segundo: as concessões de obra pública – como um contrato administrativo pelo qual o Poder Público ajusta com o concessionário a execução (construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento) de obra, remunerando-o partir das tarifas pagas diretamente pelos usuários.

(9) O contrato de concessão de obra pública poderá abarcar a construção de obras eventualmente sem vocação à exploração econômica, mas que

mantenham alguma relação funcional com a obra concedida - haverá, na hipótese, um contrato misto: concessão de obra pública + contrato de empreitada, cada qual obedecendo a regime particular.

(10) A conveniência quanto ao financiamento cruzado de projetos concessórios pode ensejar a concepção de contratos cujo objeto reúna empreendimentos distintos, mas economicamente inter-dependentes. Seriam estes *contratos complexos*, na acepção de compreender mais de uma concessão de serviço ou obra públicos delegados a um mesmo contratante-concessionário, operadas simultaneamente e com inter-dependência financeira, num sistema de “vasos comunicantes”.

(11) A concessão comum terá como sujeitos o *poder concedente* – titular do serviço público objeto da delegação da gestão - e o *concessionário* – prestador que assume a gestão sob o risco de exploração do negócio, sendo daí um contrato *bilateral*. Para, além disso, a concessão se apresenta também como fonte de obrigações e deveres do concessionário relativamente a terceiros: os usuários. Considerada ainda a concessão em toda a sua extensão, verificam-se relações jurídicas travadas entre o concessionário e os usuários e entre estes e o Poder Concedente. Há um entrecruzamento complexo de relações jurídicas, cujo tratamento jurídico está substancialmente disciplinado por lei.

(12) A posição jurídica dos usuários lhe confere a possibilidade de participação no processo de formação da vontade administrativa para a composição do ajuste e, ainda, nas providências de cunho regulamentar da concessão (que se processam durante a execução da concessão). Já os não-usuários adquirem direito de participação nos processos de formação das decisões vocacionadas a compor ou alterar a sistemática econômico-financeira dos ajustes - exclusivamente nas hipóteses em que as decisões importarem na utilização de recursos fiscais gerais para integrar a estruturação financeira da concessão. O exercício de participação dos usuários e não-usuários na concessão é assim decorrente do *direito ao processo* e não de uma condição de parte no contrato de concessão (embora esta hipótese não seja vedada pela Constituição).

(13) A concessão comum de serviços públicos pressupõe a remuneração do concessionário mediante pagamento de (1) *tarifas* pelos usuários, sendo, ainda,

admitidas (2) *receitas alternativas* associadas ao negócio da concessão ou provenientes de projetos associados.

(14) A tarifa consiste num preço ou contraprestação que os usuários praticam em face da utilização da infra-estrutura pública disponibilizada pelo concessionário. Não é tributo, mas contrapartida à prestação do serviço que integra a relação jurídica contratual entre usuário e prestador.

(15) O exame do sistema tarifário exigiu a compreensão dos conceitos (operacionais) de *tarifa técnica*, *tarifa módica* e *tarifa razoável*. *Tarifa técnica* definiu-se como a precificação do custo unitário de utilização serviço público necessário a, considerando-se os níveis de utilização e o número de usuários, cobrir o custeio integral do serviço público (pressupondo-se custo global dos investimentos + margem de retorno ao concessionário). *Tarifa módica* – como uma noção não meramente estipulativa, mas extraída do direito positivo – foi definida como o valor-tarifa cuja dimensão numérica não impeça nem dificulte, mas, ao contrário, favoreça o acesso ao serviço público: consiste num preço que, com vistas a cobrir as despesas da concessão e assegurar justa remuneração ao concessionário, facilite o acesso ao serviço público. *Razoáveis* serão as tarifas que importem não em margens de retorno excessivas ou irrisórias ao concessionário, mas fixadas em medida compatível com a realidade econômico-financeira do ajuste concessório, de acordo com parâmetros de economicidade e eficiência abstratamente concebidos.

(16) Visto sob um prisma funcional, a tarifa desempenha dois papéis principais: (1) fixa a remuneração do concessionário, sendo daí uma peça componente do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e (2) regulamenta o preço de acesso à infra-estrutura pelo usuário. Desse último aspecto funcional da tarifa decorrem duas conseqüências relevantes: (2.1) promove-se um uso *disciplinado* pelos usuários da infra-estrutura pública, o que se evidencia pela imposição de ônus financeiro ao acesso à utilização do bem ou serviço disponibilizado; e (2.2) delimita-se a maior ou menor restrição de acesso à utilização do bem ou serviço - operando-se, eventualmente, a elevação e a redução no preço para categorias específicas de usuários, segundo o princípio da socialização do serviço público.

(17) Há inúmeras fórmulas que se prestam ao ajustamento das tarifas. As técnicas e estudos vocacionados para tanto estão no campo da ciência da

contabilidade. Examinaram-se três grandes sistemas tarifários originados do direito anglo-americano: (1) sistemas cuja fixação tarifária está atrelada à estimativa do custo do serviço (*cost plus* e *rate of return*), considerados, de um ponto de vista regulatório, dotados de baixo poder de incentivo; (2) sistemas desvinculados do custo contabilizado do serviço e baseados em preços-limite, considerados de alto poder de incentivo (*price cap* e *yardstick competition*); e (3) sistemas que apreciam os custos de oportunidade (*efficient component-price rule*).

(18) A política tarifária incumbirá ao ente político titular do serviço público. A regulação da tarifa é um aspecto que se prende com a disciplina do serviço público, razão pela qual a competência para a instituição legislativa de políticas tarifárias estará ao cargo do ente titular do serviço público específico. Não é possível dissociar a disciplina do serviço público da questão tarifária, que cumpre função central na política do serviço público, servindo como instrumento à disciplina do uso de bens escassos (mediante tarifação extrafiscalidade), de socialização do acesso ao serviço público (mediante o acolhimento de tarifas sociais) etc. Por isso, reconhece-se aos entes federados competência para a edição de lei específica de regulação tarifária.

(19) Nem sempre a tarifa retratará o custo unitário do serviço público, considerado como uma unidade equivalente à distribuição do custo total do serviço (+ a margem de retorno do prestador) “tecnicamente igualitária” entre os usuários. É muito comum que o sistema tarifário de certo serviço público contemple objetivos extrafiscais, isto é: finalidades dissociadas da equivalência do preço-tarifa com o custo do serviço público.

(20) O recurso às receitas alternativas envolve: (a) receitas oriundas de empreendimentos com vínculo material com a execução da concessão em si; (b) receitas sem vinculação direta com a concessão (vinculadas apenas economicamente ao projeto da concessão, na medida em que funcionam como fonte de recursos adicionados à remuneração do concessionário).

(21) A integração de fontes alternativas de custeio pode ser admitida no curso da execução do contrato de concessão. A ausência de providência dessa ordem no momento da configuração do ajuste não impede sua implementação posterior. Mas a hipótese há de ser acolhida *consensualmente* pelas partes, excluindo-se a possibilidade de sua imposição unilateral pelo Poder Concedente (§ 1.º do art. 58 da Lei n. 8666/93).

(22) Não é possível afastar abstratamente a via da repartição dos lucros de projetos associados entre concessionário (lucros adicionais) e usuários (modicidade das tarifas) a partir da norma do artigo 11 da Lei n. 8987/95. Ao contrário, em muitas situações essa pode ser a solução recomendada pela teleologia daquela norma, voltada à promoção da modicidade das tarifas.

(23) Muito embora um traço característico da concessão esteja no seu custeio mediante tarifas pagas pelos usuários do serviço, nada impede que receitas alternativas configurem exclusivamente o modo de remuneração da concessão comum. Do ponto de vista da estruturação do ajuste, a exclusão da receita tarifária, desde que mantida uma certa dose de risco do concessionário na exploração do negócio e evitadas as contraprestações do Poder Público, não desfigura a concessão comum.

(24) A criação da concessão patrocinada produz alteração quanto à identificação das hipóteses fáticas de ajustes de concessão comum, que não mais comportam contraprestação pecuniária do Poder Público integrada à composição remuneratória.

(25) O rompimento da equação econômico-financeira do contrato de concessão poderá dar lugar à prática de pagamentos adicionados à receita tarifária como modo de restabelecê-la. Esta hipótese decorre de situação *excepcional* e se põe sob o tratamento das formas de recomposição dos prejuízos suportados pelo concessionário em decorrência do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro. Difere, em princípio, da previsão de contraprestação pecuniária do Poder Público como elemento integrado à concepção da concessão, em que se a tem como um componente originário da receita do concessionário.

(26) Nada impede que se integrem na receita da concessão comum contraprestações de caráter *não pecuniário* providas pela Administração. Não se verificando integração de contraprestação pecuniária pública na remuneração do concessionário, não haverá a atração do regime jurídico da PPP. Logo, a concessão comum subsistirá ainda que contraprestações de caráter não-pecuniário providas pelo Poder Público estejam adicionadas à receita do concessionário.

(27) Os condicionantes de *valor mínimo estimado* e *prazo mínimo de prestação do serviço*, aplicáveis às PPPs, não são elementos de sua hipótese de incidência ou de seu tipo normativo. Caracterizam-se como constrangimentos que

decorrem da qualificação de um ajuste como PPP. Sua previsão tem por finalidade evitar que hipóteses de arranjos fáticos que pressuponham concessões qualificadas pela existência de contraprestação pecuniária do Poder Público adicionada à receita do concessionário se realizem juridicamente de modo válido sem a observância das exigências legais inscritas na legislação de PPP.

Revisado o conteúdo dogmático da concessão comum de serviço público, seguiram-se as abordagens sobre os novos institutos: concessão patrocinada e concessão administrativa.

Na análise da concessão patrocinada, fixado o seu objeto como equiparável ao da concessão comum de serviço público (envolvendo, pois, necessariamente o serviço público econômico), destacou-se, primariamente, a natureza da *contraprestação pecuniária* pública como elemento distintivo de seu tipo comparativamente ao tipo da concessão comum (singularizando-a, inclusive, da figura da *subvenção*). Explorou-se, seguidamente, a partir de uma abordagem jurídico-financeira, a finalidade deste instituto como instrumento para a socialização do serviço público. Na análise de seu âmbito subjetivo, houve específica investigação quanto às pessoas aptas a figurar como *concedentes* numa concessão patrocinada. Após, enfrentaram-se alguns aspectos de seu sistema remuneratório.

Sinteticamente, apontam-se, a propósito destas abordagens, as seguintes conclusões:

(28) A concessão patrocinada é um contrato administrativo de concessão que pressupõe necessariamente o sistema tarifário integrado por contraprestações pecuniárias da Administração. Configura-se como uma concessão (comum) de obra (*execução de obra pública seguida de serviços exploráveis economicamente pelo concessionário*) ou de serviço público (*delegação da gestão de serviço público remunerada por tarifas pagas pelos usuários*, precedida ou não da execução de obra) desde que adicionada à receita tarifária cobrada dos usuários *contraprestação pecuniária* do parceiro público ao parceiro privado.

(29) Independentemente da adição de outras receitas financeiramente vinculadas à concessão, a pedra-de-toque a configurar uma concessão patrocinada reside na presença de *contraprestação pecuniária* provida pela Administração adicionada à *receita tarifária* na composição da remuneração do concessionário.

(30) As contraprestações pecuniárias do parceiro público não têm a natureza jurídica de *subvenção*, mas de mera contrapartida pela execução de bens e serviços.

(31) Ao pressupor a integração de contraprestação pecuniária pelo Poder Público, o tipo da concessão patrocinada serve a dois propósitos imediatos: (a) vestir juridicamente arranjos contratuais que tenham por objeto concessões de serviços públicos cuja receita tarifária e outras receitas ancilares se mostrem insuficientes a custear a prestação do serviço público, recorrendo-se às contraprestações pecuniárias da Administração como meio a permitir viabilidade econômico-financeira da concessão concretamente projetada; e (b) calibrar o nível de risco envolvido em certos projetos estruturantes e de serviço público, permitindo, com a participação do Poder Público (como garante, por exemplo, de certa parcela dos riscos) na remuneração do concessionário, mitigar riscos que tornariam as possibilidades de financiamento pelo capital privado pouco atrativas.

(32) Recusa-se um raciocínio que vem sendo formulado a propósito da *subsidiariedade* do modelo da concessão comum relativamente à concessão patrocinada (e desta relativamente à concessão administrativa). O raciocínio apresenta duas ordens de defeitos: (a) incorre numa excessiva simplificação acerca da configuração (prática) dos processos de concessão, absorvendo numa análise pura e teoricamente econômica uma série de aspectos relevantes a ditar a estruturação da concessão; (b) pressupõe a absolutização de certas concepções econômicas a informar as escolhas entre os modelos contratuais ou quanto ao modo de configuração destes ajustes.

(33) O modelo da concessão patrocinada pode significar novas alternativas de financiamento do serviço público. Um de seus fins instrumentais precípuos pode estar na opção pela isenção ou redução tarifária a certos grupos desprovidos de poder aquisitivo. Trata-se da aplicação de *tarifas sociais* que, integradas no bojo da estruturação tarifária da concessão, já afastadas outras possibilidades de subsídios, tornam o projeto concessório carente de outras fontes de custeio. Nesta situação, a concessão patrocinada pode ser um instrumento ao financiamento da *socialização do serviço público*.

(34) Admite-se no direito brasileiro a adoção do modelo de financiamento concessório que passa pela demarcação da capacidade contributiva dos usuários

(art. 13, Lei n. 8987/95), como se admite a hipótese de cobrança tarifária individualizada para além do valor da *tarifa técnica*.

(35) Só as pessoas políticas detêm competência para exercitar a globalidade das atribuições próprias de Poder Concedente. A noção de Poder Concedente, que se relaciona com a titularização de atribuições inseridas na tutela do *serviço público*, é própria do ente político titular do serviço público. Logo e quando se alude à hipótese de entes da Administração indireta desempenhar atribuições privativas do Poder Concedente, deve-se pressupor prévia transferência de poderes para tanto.

(36) Tanto internamente à Administração direta, como externamente a ela, na direção da descentralização de competências a entes da Administração indireta, o texto constitucional autoriza a fragmentação ou a transferência de competências no âmbito da missão de organização do serviço público.

(37) Há determinadas competências, de natureza política (que envolvem funções fundamentais e estruturantes do Estado), que são intransferíveis, porquanto constitutivas de um núcleo existencial do poder político. Mas atribuições de caráter regulatório e executivo quanto aos serviços públicos, suficientes a configurar um “poder concedente”, são perfeitamente delegáveis pela via legislativa.

(38) A regra que define Poder Concedente veiculada pela Lei n. 8987/95 não se constitui em *norma geral*, na acepção de produzir vinculação cogente aos demais entes federados.

(39) Não só as pessoas políticas federadas mas também seus entes descentralizados (inclusive com natureza de direito privado) poderão figurar como parceiros público em contratos de parceria público-privada, inclusive em ajustes que tenham por objeto a delegação do serviço público (concessão patrocinada e concessão administrativa de serviços públicos).

(40) A regra do art. 6.º da Lei n. 11079/2004 é *norma geral*. Reconhece-se a referibilidade da matéria tanto à organização dos serviços públicos, como à regulação de tipologias contratuais. A interpretação do problema, considerando a dupla referibilidade da matéria, deve ser resolvido pelo critério da especialidade. As formas contratuais delimitam um campo específico, que se integra no universo mais abrangente da organização e estruturação dos serviços públicos.

(41) No modelo das PPPs, a técnica subjacente ao parágrafo único do art. 6. pressupõe a dinamização do vínculo de vinculação entre a remuneração do concessionário e o seu desempenho, em superação à concepção (estática) tradicionalmente vigente, que admite o surgimento dos ônus correspondentes a partir de situações de inadimplemento incorridas pelo contratado.

(42) Por força do art. 7º da Lei n. 11079/2004, restam proscritos os subsídios estatais na etapa do financiamento necessário à disponibilização do serviço (ou de parcela fruível do serviço). A participação do parceiro público na remuneração do concessionário só poderá se efetivar-se, por isso, na fase de prestação do serviço (após sua disponibilização), quando a infra-estrutura estará apta ao funcionamento e gestão pelo concessionário.

(43) Um possível subproduto desta regra (informada também pela lógica da distribuição dos riscos segundo a condição de cada parte em melhor administrá-los) estará em transferir o *risco de construção* integralmente ao parceiro privado. Ao se evitar a integração de recursos públicos na etapa de implementação da infra-estrutura, reserva-se, como regra, ao parceiro privado os riscos de execução das obras inerentes. Esta regra, combinada com a disposição do inciso III do § 4º do art. 2º da Lei Geral de PPP, retrata uma técnica regulatória voltada à otimização da eficiência e qualidade na construção da infra-estrutura.

(44) Providências de caráter instrumental à realização dos escopos da parceria (e ao cumprimento das obrigações pelo parceiro privado) incumbidas ao parceiro público não podem ser reconduzidas ao conceito de *contraprestação* para fins da exegese do art. 7º da Lei n. 11079/2004.

Examinaram-se, após, os traços característicos do tipo da concessão administrativa. Fixada a definição jurídica ao instituto e a sua natureza como um contrato concessório – explorando-se as decorrências desta afirmação -, buscou-se contrastá-lo com o contrato administrativo ordinário ou geral tipificado pela Lei n. 8666/93. No exame de seu objeto, partindo-se da letra da Lei que a relaciona à prestação de serviços de que a Administração seja *usuária direta* ou *indireta*, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, propôs-se uma investigação segregada em dois focos de análise: (i) o objeto à luz do regime jurídico da atividade; (ii) o objeto à luz da natureza técnica das atividades. O primeiro enfoque utilizou-se de um critério classificatório centrado na existência ou não de

delegação; o segundo pretendeu identificar as formulações possíveis sob o ângulo da natureza material das atividades envolvidas. A possibilidade de *delegação* dos serviços sociais (particularmente serviços de saúde e educação) foi objeto de análise mais detida, enfrentando-se, pressupostamente, inclusive, a viabilidade jurídica em se transferirem *atividades-fim* aos privados. Após, examinaram-se aspectos do objeto da concessão administrativa sob o critério da natureza técnica das atividades, enfrentando também o requisito de sua *complexidade*. Quanto ao sistema remuneratório, além de aspectos mais gerais, examinou-se especificamente a (imprescindibilidade ou não quanto à) vinculação da remuneração do concessionário a certas variantes de qualidade ou de quantidade previstos em contrato.

Deste conjunto de abordagens identificam-se as seguintes conclusões:

(45) A concessão administrativa é um contrato *concessório* que pressupõe a remuneração do concessionário provida pelo parceiro público (ainda que admita outras fontes de financiamento co custeio da concessão, excluída a possibilidade da cobrança de tarifa dos usuários).

(46) A referência na definição legislativa da concessão administrativa à Administração como *usuária direta* ou *indireta* de serviços permite propor uma taxonomia que distinga duas tipologias do modelo: (a) concessão administrativa sem delegação, que envolve o desempenho de serviços administrativos (tomados diretamente pela Administração); e (b) concessão administrativa por delegação, que abrange a (b.1) concessão administrativa para a delegação de serviços públicos econômicos (tomados indiretamente pela Administração); e a (b.2) concessão administrativa para delegação da gestão de serviços sociais e serviços públicos não-econômicos (tomados indiretamente pela Administração). Esta classificação distingue o objeto da concessão administrativa à luz de seu regime jurídico.

(47) A concessão administrativa de *serviços administrativos* tem por objeto atividades que tecnicamente são prestados diretamente à Administração. Podem envolver serviços de uso restrito pela Administração Pública ou outros de que se utilizam indiretamente a coletividade. Mas serão, nesta hipótese, sempre atividades que, dada sua natureza, não são passíveis de fruição individuada por usuários-administrados

(48) Uma outra modalidade de concessão administrativa envolve como objeto os serviços públicos tarifáveis ou econômicos. Há, aqui, plena condição técnica de operar-se a concessão comum de serviços públicos ou a concessão patrocinada, mas por uma decisão política do Estado opta-se pela desoneração dos usuários do serviço, com financiamento inteiramente custeado pela Administração (formatação equivalente ao *shadow toll*).

(49) Há também a possibilidade de instrumentar-se pela via da concessão administrativa a *delegação* de serviços sociais – que não são privativos do Estado e nem passíveis de aplicação do sistema tarifário.

(50) Atividades-fim do Estado poderão ser transferidas aos privados pela via da concessão administrativa, respeitado um núcleo de atividades intransferíveis (cujo critério definidor não se relaciona com o qualificador “atividade-fim”).

(51) No que diz com a complexidade estrutural do objeto da concessão administrativa (critério fundado na natureza das atividades), são distinguíveis os casos de: (a) *prestação de serviços*; a (b) *prestação de serviços precedida da construção de obra pública*; a (c) *prestação de serviços precedida do fornecimento (e instalação) de bens*.

(52) Um qualificador que se adiciona à noção (econômica) de *serviço*, tal como inscrito na definição legislativa da concessão administrativa, reside numa certa *autonomia de gestão* e de *organização dos meios* a ser exercida pelo concessionário, pressupondo-se a gestão de um conjunto de atividades inter-relacionadas e articuladas em prol de certos resultados.

(53) A Lei n. 11079/2004 não proscree configurações remuneratórias convencionais associadas à concessão administrativa, assemelhadas àquelas cultuadas na prática dos contratos administrativos gerais regidos pela Lei n. 8666/93. Apenas propõe a alteração de concepção ao dispor sobre a possibilidade (e não o dever jurídico) em atrelar-se a remuneração do concessionário a variantes de risco. Disponibiliza ao Administrador interessantes vias regulatórias da remuneração do concessionário, dinamizada com referibilidade ao desempenho do prestador.

PARTE III

Quanto ao segundo enfoque proposto, na fixação do suporte hermenêutico ao conteúdo das diretrizes, concluiu-se:

(54) As diretrizes inscritas na Lei n. 11079/2004 relacionam-se com uma Administração de objetivos. Funcionarão hermeneuticamente, consideradas na dimensão do fisiologismo normativo, como normas delimitadoras de uma segunda moldura, demarcada antes a moldura pela incidência das regras orientadas pelos princípios. Diretrizes nortearão, a partir daí, as decisões concretas a serem tomadas pelo administrador, como uma orientação programática para o alcance de certos fins prevalentes.

(55) Impor à Administração o dever de estruturar ajustes de PPP de modo eficiente e econômico significa impor-lhe o dever jurídico de revesti-los de adequada segurança jurídica. O valor segurança jurídica adquire, cada vez mais, um papel acentuado na construção de um padrão teórico-conceitual de eficiência como diretriz aplicável à Administração Pública. De um ponto de vista da concepção e programação contratual, as missões de eficiência e economicidade revelam a busca por formatos que inibam o incremento dos custos de transação nos negócios do Estado, produzindo-lhe soluções menos onerosas.

(56) No contexto da contratação administrativa no Brasil, constata-se um processo de degradação do valor segurança, que tem se operado empiricamente em duas frentes: por ação da Administração em práticas reiteradas de inadimplemento, quebra da boa-fé, ingerência política e intervenções desnecessárias no plano dos contratos; e como resultado da prática de interpretações ampliativas do campo da invalidade do contrato administrativo (o que decorre, também, de uma certa banalização do recurso ao juízo de inconstitucionalidade de leis que amparam a configuração dos modelos contratuais – olvidando-se a *presunção de constitucionalidade* da lei). Isso provoca a corrosão de um ambiente de segurança institucional de que se serve o contrato para que possa desenvolver seus efeitos eficientemente.

(57) No tocante à (in)delegabilidade do poder de polícia, propõe-se, para fins de delimitação de casos delegáveis e indelegáveis, uma diferença qualitativa entre o *exercício decisório* que se verifica na atuação exclusiva da Administração Pública em promover a ação de polícia (não só no âmbito abstrato-normativo, mas, ainda,

quanto a decisões concretas e específicas), e o *exercício de mera execução*, por particulares, acerca de tarefas (materiais) decorrentes (ou preparatórias) da manifestação decisória da Administração. Mas esse esquema teórico não funcionará automaticamente na prática. As soluções serão matizadas nos casos concretos. O problema fica reconduzido a uma gradação da margem de interferência privada no desempenho das ações de polícia. As soluções somente poderão buscar-se nos casos concretos e a partir da modelagem dos arranjos negociais entre a Administração e os privados.

(58) Atividades prisionais poderão ser transferidas no bojo de uma concessão administrativa, inclusive aquelas relacionadas à *vigilância* do preso. Mas a gestão de atividades relacionadas com a coerção caberá exclusivamente ao Poder Público por traduzir-se em manifestação típica e intransferível da autoridade pública.

(59) A disciplina da Portaria n. 614/2006 (que fixa a assunção de riscos pelo parceiro público como o específico critério a informar a contabilização dos compromissos financeiros do parceiro público como *dívida* – controle do endividamento) harmoniza-se com a noção de *dívida pública consolidada*, plantada no art. 29 da LRF e utilizada pela Resolução n. 40/2001 do Senado Federal como um elemento do cômputo do limite ao estoque da dívida. É compatível, ademais, com o bloco de legalidade.

(60) Os contratos de PPP não são hipóteses subsumíveis ao tipo das operações de crédito.

(61) No bojo da complexidade dos ajustes de PPP (que decorre de um largo espaço de estipulação deixado pela moldura de seu tipo), será preciso segregar despesas correntes e despesas de capital, reservando-se àquelas – cuja execução se protrairá pelo longo prazo da execução do contrato – a incidência dos limites dos artigos 22 e 28 da Lei n. 11079/2004.

(62) O art. 22 da Lei n. 11079/2004 não se afigura inconstitucional por suposto desatendimento ao inciso I do art. 163 da Constituição. Veicula regulação sobre finança pública, mas sobre contrato de parceria público-privada. Tal como estruturado, revela um comando normativo dirigido a condicionar a assinatura de ajustes de PPP, não se prestando à disciplina da finança pública.

(63) Com vistas à superação de uma *antinomia valorativa* entre as regras do art. 10, § 3º, e a do art. 2º, § 2º, propõe-se uma interpretação extensiva da exigência de *lei autorizativa* às concessões administrativas.

Quanto às hipóteses de vedação ao uso do modelo-PPP, conclui-se:

(64) A norma do inciso I do § 4º do art. 2º, ao veicular a exigência de um valor mínimo para ajustes de PPP, é *norma geral* de direito administrativo, uma vez que:

(64.1) a exigência de valor-piso é peça constitutiva de aspectos essenciais do tipo legal da PPP. Como a Constituição outorgou competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de modalidade de contrato administrativo, a veiculação de elemento central ou essencial da configuração do tipo legal é, fora de dúvida, matéria afeta à norma geral;

(64.2) a exigência de valor-piso recobre um *interesse nacional*, que lhe exige a unificação de tratamento jurídico em todo o território nacional. O interesse transcendente se demonstra:

(64.2.1) na própria configuração normativa de modalidade de contrato administrativo em seus traços formativos, como o é o valor-piso. A subtração do valor-piso poderá produzir a desfiguração do modelo, desequilibrando a relação de correspondência que há entre ele e certos comandos do regime jurídico da PPP. É de interesse nacional que a tipificação de modalidades contratuais (naquilo que disser mais com o desenho do tipo do contrato e menos com aspectos contratuais que se ligam ao direito da organização administrativa), o que se infere pela reserva constitucional do direito contratual à competência legislativa privativa da União;

(64.2.2) na função organizacional do sistema jurídico do contrato administrativo, prestando-se o valor-piso a melhor delimitar o uso do modelo da PPP relativamente a outros regimes – o que ganha relevância na autonomização da PPP, vista sob o figurino da concessão administrativa, em contraste com o contrato administrativo geral (Lei n. 8666/93);

(64.2.3) por recobrir a prescrição do valor-piso aplicação dos princípios da economicidade e da eficiência, ao prestigiar a concentração de recursos em grandes investimentos em infra-estrutura e evitar a sua perda de escala, e, ainda, ao promover a economia dos custos de transação, uma vez que as PPPs envolvem (em todos os casos) altíssimos custos de projetos, insensíveis à grandeza do contrato, o

que exige, para evitar-se o uso antieconômico, que o contrato possua expressiva dimensão econômico-financeira.

(65) A expressão *valor do contrato* tal como veiculada pela regra do art. 4º deve ser lida a partir de um enfoque sistemático-teleológico, em substituição (ou em complementação) à sua interpretação literal. Como tal, só pode ser compreendido como valor que traduza o conjunto dos investimentos aportáveis pelo parceiro privado.

(66) O inciso II do 4º. do art. 2º. da Lei Geral de PPP configura *norma geral*.

Quanto à construção teórica a propósito do sistema de garantias e à afirmação de sua constitucionalidade, extraem-se estas conclusões:

(67) O art. 8º da Lei n. 11079/2004 afigura-se constitucional. Não há ofensa ao disposto no inciso III do at. 163 da Constituição.

(68) As *garantias* ditas objetivas (conforme a taxonomia proposta pelo trabalho) relacionadas no art. 8º não perfazem, rigorosamente, a noção de *garantia específica*, como obrigação *acessória* de garantia. Constituem-se, antes, em vias originárias de pagamento a partir de vinculação de receitas orçamentárias.

(69) O inciso I do art. 8º da Lei n. 11079/2004 é constitucional: a vedação constitucional à vinculação de receitas restringe-se aos *impostos*, como se tira de uma interpretação lógico-normativa e sistemática da Constituição Federal.

(70) O fundo garantidor previsto no inciso V do art. 8º (com se tira de uma interpretação lógico-normativa do artigo) é daqueles fundos dotados de personalidade jurídica, passível, portanto, de ser sujeito de direitos e obrigações.

(71) Propondo-se uma sistematização a propósito da natureza da atividade a ser desempenhada por fundos garantidores entre: (i) aqueles cuja atividade revela um caráter não-interventivo na ordem econômica; e (ii) aqueles dotados de atividade interventora na ordem econômica, o fundo garantidor previsto no inciso V do art. 8º parece revelar vocação genuína não-interventiva na ordem econômica, desempenhando *atividade de suporte* à Administração.

(72) Qualificar a atividade do fundo garantidor como não-interventora importa admitir que a sua natureza jurídica não deve ser buscada na dicotomia serviço público/atividade econômica em sentido estrito. O fundo garantidor previsto no inciso V do art. 8º, se configurado para o desempenho de atividade de apoio, não estará adstrito à observância dos pressupostos do art. 173 da CF.

(73) Se configurado com caráter interventivo no domínio econômico, a finalidade do fundo garantidor de garantir obrigações pecuniárias da Administração Pública em contratos de parceria público-privada reconduz-se à noção de “relevante interesse coletivo” para fins de atendimento dos pressupostos do art. 173 da Constituição.

(73.1) Adotando-se uma noção larga de “relevante interesse coletivo”, há subsunção da hipótese do fundo garantidor ao conceito por constituir o fundo peça relevante na configuração jurídico-econômica de um modelo de contrato com vocação para, a partir do propósito instrumental em atrair investimentos relevantes em infra-estrutura, permitir ao Estado tornar o processo de contratação de grandes empreendimentos públicos mais eficiente e econômico, alcançando-se a adjudicação de propostas sérias e mais econômicas à própria Administração.

(73.2) A partir de um enfoque mais restrito, associando-se a noção de *relevante interesse coletivo* à subsidiariedade (e complementariedade) do Estado como agente interventor da ordem econômica, verifica-se o atendimento do fim do fundo garantidor àquele conceito, pois revela uma atuação estatal vocacionada a cumprir uma intervenção suplementar da ordem econômica, dedicando-se a suprir incapacidade ou falta de interesse momentâneo do setor privado e uma insuficiência da oferta de determinados bens ou serviços.

(74) O inciso V do art. 8º não desafia o inciso II do § 9º do art. 165 da Constituição Federal, uma vez que:

(74.1) o inciso V do art. 8º não tem a função de instituir fundo, muito menos de disciplinar condições para funcionamento de fundos. Trata-se apenas de uma regra com cunho *declaratório*, na acepção de declarar a viabilidade jurídica já albergada pelo ordenamento na implementação de fundos garantidores;

(74.2) o inciso II do § 9º do art. 165 não é aplicável à hipótese de autorização legislativa ao funcionamento de fundos, mas apenas reserva competência ao legislador complementar para a disciplina sobre as *condições para instituição e funcionamento* dos fundos.

(75) A hipótese do fundo garantidor não retrata infração ao art. 100 da Constituição Federal, uma vez que:

(75.1) é uma hipótese lícita de criação de unidade administrativa de direito privado para atuar no interesse da Administração, legitimada pelo exercício da auto-organização do aparelho administrativo.

(75.2) é da própria Constituição que se apanham as duas posições a propósito da sistemática da execução de créditos contra a Administração Pública: a submissão dos credores da Fazenda Pública ao regime de precatórios e a submissão dos credores de unidades administrativas de direito privado à execução comum - ainda que estas sejam criadas e constituídas a partir da segregação de patrimônio originário da Fazenda Pública;

(75.3) o regime da execução especial em face da Fazenda Pública pela sistemática do precatório não é uma técnica de nivelar todos os credores da Administração Pública, mas apenas de impor previsibilidade, organização e isonomia aos titulares de créditos *em execução* em face da Fazenda Pública;

(75.4) é lícito o oferecimento de garantia a certa classe de contratos, buscando-se soluções mais econômicas à Administração, sem que isso retrate infração ao art. 100 da Constituição;

(75.5) a hipótese do fundo garantidor retrata uma iniciativa em reduzir os custos transacionais e alcançar uma modelagem econômica mais eficiente à própria Administração;

(75.6) não há ofensa à isonomia na configuração de instrumentos de garantias a *certas classes de contratos*. A atividade contratual da Administração deve ser entendida como uma técnica pautada prevalentemente pela *economicidade*, justificando-se, nesta missão, certos fatores de *discrimem*. Desde que obstados os favoritismos e a parcialidade, a isonomia não é um valor que autorize afastar solução negocial mais vantajosa à Administração.

REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALEXY, Robert. “La estructura de las normas de derecho fundamental”. *In teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.
- ALMEIDA, Aline Paola B. Camara. “A remuneração nos contratos de PPP”, *In Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Coordenadores: Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha. *Gestão de Riscos em Contratos de Parceria Público-Privada*. Dissertação de Mestrado em Administração Pública. Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro – Belo Horizonte, Minas Gerais. 2006.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *As parcerias público-privadas no Brasil*, *In www.conlicitação.com.br*
- AMARAL, Diogo Freitas do. TORGAL, Lino. *Estudos sobre concessões e outros actos da Administração*. Coimbra: Almedina, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- “Serviços públicos e Concorrência”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 02. Belo Horizonte: Fórum, 2003
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Privatização das prisões*. São Paulo: RT, 1995.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economia y Estado*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- *Principios de Derecho Publico Económico*. Lima: Ara Editores, 2004
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de. “Contratos – Uma Perspectiva Econômica”, *In Direito e Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações* (org. DECIO ZYLBERSZTAJN e RACHEL SZTAJN). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

- “A Natureza Contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil”, *In Serviços Públicos* (coord. Romeu Felipe Bacellar Filho. Luiz Alberto Blanchet). Fórum: Belo Horizonte, 2007.

- *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

- *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad. 2003.

- *Direito Público x Direito Privado*. www.oab.org.br

BAGATIN, Andréia Cristina. “A natureza da cobrança pelo serviço prestado por concessionário de serviço público (comentários a acórdão do STJ)”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

- “Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação”, *in Revista Trimestral de Direito Público*. n° 20. São Paulo: Malheiros, 1997.

- “O equilíbrio econômico nos contratos administrativos”, *In Perspectivas de direito público (estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

- - *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 1919.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. “Contrato de direito público ou administrativo”, *in Revista de Direito Administrativo*, n.º. 88. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967.

- “Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público”, *In Revista de Direito Administrativo – seleção histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito”, *In Revista de Direito Administrativo* n. 240, abr/junho 2005.

- *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BATISTA, Joana Paula. *Remuneração de Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BATISTA JUNIOR, Onofre. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BAYÓN, Juan Carlos. “Derechos, democracia y constitución”, *In Neoconstitucionalismo* (coord. Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

BENOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

BERTRAN, Maria Paula. “Índices Econômicos e Reajuste nos Contratos de Concessão: Uma Análise do Setor Elétrico”, *In Revista de Direito Público da Economia* v. 16. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. “As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição”, *In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, número 2 – maio/junho de 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias Público-Privadas: Comentários à Lei 11079, de 30 de dezembro de 2004*. Curitiba: Juruá, 2008.

BONOMI, Claudio Augusto. MALVESSI, Oscar. *Project Finance no Brasil – Fundamentos e Estudos de Casos*. São Paulo: Atlas, 2002.

BORGES, Alice Gonzalez *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo. 1991.

BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. São Paulo: Max Limonad. 1998

BRAIBANT, Guy. LONG, Marceau, WEIL, Prosper. GENEVOIS, Bruno. *Les Grands Arrêt de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Dalloz.

BREWER-CARIAS, A. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Estúdios Jurídicos, 1992.

BUENO, Cassio Sacarpinella. “Execução por Quantia certa contra a Fazenda Pública – Uma proposta atual de sistematização”, *In Processo de Execução* (coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: RT, 2001.

CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*, vol. II, 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*. Tese de Doutorado. PUC/SP. 2004.

- “O regime tarifário como instrumento de políticas públicas”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 11. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRASCO, IZQUIERDO. “Algunas cuestiones generales a propósito del ejercicio privado em el ámbito de la seguridad industrial”, *in Os caminhos da privatização da Administração Pública (IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1990.

CATÃO, Marcos André Vinhas. “Novas Perspectivas no Princípio de Não-Afetação e Destinação de Receita Tributária”, *In Princípios de Direito Financeiro e Tributário* (coord. ADILSON RODRIGUES PIRES e HELENO TAVEIRA TÔRRES) – Estudos em Homenagem aos Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARVALHO, Paulo de. “Isenções tributárias do IPI, em face do princípio da não-cumulatividade”, *In RDDT*, n. 12.

CASAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2ª. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

- *Fragmentos de Derecho Adminisrativo: Entre La Justicia, La Economia y La Política*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Amministrativo*. 6ª. Ed. Milano: Garzanti, 2000.

- *La Crisi dello Stato*. Roma: Laterza, 2002.

CASTRO, Lavínia Barros de. “Privatização, Abertura e Desindexação: a primeira metade dos anos 90”, *in Economia brasileira contemporânea (1945-2004)*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CELLA, José Renato Gaziero. *Contrato Administrativo: Equilíbrio Econômico-Financeiro*. Curitiba: Juruá, 2004.

CHAPUS, René. *Droit administrative general*, t. 1. 12 ed. Paris: Montchrestien, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. *Le Service Public*. 6ª. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.

- “A Governança e o Direito”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 12. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CHUEIRI, Vera Karam. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.

CINEVIVA, Walter Vieira. “Parcerias Público-Privadas em Telecomunicações”, *In Parcerias Público-Privadas*. Coord. Sérgio Augusto Zampol Pavani e Rogério Emílio de Andrade. São Paulo: MP Editora, 2006.

CLÉVE, Clémerson Mérlin “O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais”, *In Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COASE, Ronald. *The Firm, The Market and The Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. “Subvenção para Investimento por Parte da Concessionária, Paga a esta pelo Governo Estadual no Bojo de Parceria Público-Privada – Não-Inclusão na Base de Cálculo do IRPJ e CSLL – Não-incidência de PIS, COFINS e ISS”, *In Revista Dialética de Direito Tributário* n. 140. São Paulo: Dialética, 2007.

COOPER, Phillip J. *Governing By Contract: Challenges and Opportunities for Public Managers*. Washington: CQ Press, 2003.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México D. F: Fondo de Cultura Económica. 1998.

COSSALTER, Philippe. “A Private Finance Initiative”, *In Parcerias Público-Privadas (coord. Eduardo Talamini e Mônica Spezia Justen)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- “A ‘Private Finance Initiative’”, *In Revista de Direito Público da Economia*, v. 06. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros: 1993.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. “A Propriedade Privada, o Urbanismo e as Parcerias Público-Privadas: Transformações e Perspectivas”, *In Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho (Coord. Edgar Guimarães)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

COSTÓDIO NETO, Ubirajara. “Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no direito brasileiro”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 15. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

COUTO E SILVA, Almiro do. “Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares”, *In Uma avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo* (coord. Diogo Figueiredo Moreira Neto). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRUZ, Gisela Sampaio da. “Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado”, *In Obrigações*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

CUÉTARA MARTINEZ, Juan Miguel de la. “Las tarifas de telecomunicaciones”, *In Privatización Y Liberalización de Servicios* (orf. GASPAR ARIÑO ORTIZ). Univesridad Autónoma de Madrid. Madrid: 1999

DALLARI, Adilson. BRANCO, Adriano Murgel. *O financiamento de Obras e de Serviços Públicos*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

- Credenciamento”, *in Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

- “A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a “indelegabilidade do poder de polícia”, *in Revista Trimestral de Direito Público* n° 32/2000. São Paulo: Malheiros, 2000.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. “Análise crítica das definições e classificações jurídicos como instrumento para compreensão do direito”, *in Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DELVOLVÉ, Pierre. La concession de service public et le droit communautaire – Rapport de synthese», *In La Concession de Service Public face au Droit Communautaire*. Paris : Sirey, 1992.

DERZI, Misabel A. Machado. *Comentário à Lei de Responsabilidade Fiscal* (org. Ives Gandra Martins e Carlos Valder do Nacsimento). São Paulo, saraiva, 2001.

DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

- *Direito Administrativo*. 20ª. ed. São Paulo: Atlas. 2007

- *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal* (coord. IVES GANDRA MARTINS e CARLOS VALDER DO NASCIMENTO). São Paulo: Saraiva. 2001.
- “Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo”, In *Direito administrativo na década de 90*. São Paulo: RT, 1997.
- *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5ª. Ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Almedina: Coimbra, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- EHRHARDT, Rogério. *Direito administrativo*. Coimbra, 1978.
- ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance: Financiamento com foco em empreendimentos: (Parcerias Público-Privadas, Leverage Buy-Outs e Outras figuras afins)*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ENTERRÍA, Garcia. FERNANDEZ, Tomas R. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol 1. 10ª. ed. Madrid: Civitas, 2000.
- ENTERRÍA, Garcia de. “La figura del contrato administrativo”, in *Studi in memoria di guido zanobini*, V. 2. Milão: Giuffrè.
- ESCOBAR, José Luis Nores. “Concesión de ferrocarriles metropolitanos. Los casos de Metro de Sevilla y Metro de Málaga”, In *Reflexiones sobre El Contrato de Concesión de Obra Pública*. Sevilla: Hispalex, 2005.
- ESTORNINHO, Maria João. *Contratos da administração pública (Esboço de Autonomização Curricular)*. Coimbra: Almedina, 1999.
- *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina: 2006
- *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.
- *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1998.
- “A definição de Produtos Semi-Elaborados e os Limites da Ficção Jurídica”. In *Revista Direito Mackenzie* n. 2, São Paulo, 2001.
- “Normas Gerais e Competência Concorrente – Uma Exegese do art. 24 da Constituição Federal”, In *Revista Trimestral de Direito Público* n. 7. São Paulo: Malheiros.

FERREIRA, LUIZ TARCÍSIO T. *Parcerias Público-Privadas – Aspectos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício. FERREIRA, Cláudio. RAPOSO, Fernando. BRAGA, Henrique. NÓBREGA, Marcos. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Competências Administrativas dos Estados e Municípios – Licitações”, *In Revista Trimestral de Direito Público* n. 8. São Paulo: Malheiros.

FIGUEIROA. “La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo”, *In Neoconstitucionalismo* (Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FRANCA FILHO, Marcílio T e FRANCA, Nevita M. P. “A Força Normativa das Diretrizes do Conselho Nacional de Saúde sobre a EC n. 29/200º”, *In Revista Brasileira de Direito Público – RBDP* n. 9. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

- Parcerias público-privadas: características, regulação e princípios”. *In Revista Interesse Público* n. 29, Porto Alegre: Nota Dez, 2005.

- *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRÓES, Fernando. “Infra-estrutura e Serviços Públicos: Princípios da Regulação Geral e Econômica”, *In Curso de Direito Administrativo Econômico*. Vol 1. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 557.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

- *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GALBRAITH, John Kenneth. *A Economia das Fraudes Inocentes — Verdades para o Nosso Tempo*. 2004

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GANDÁSEGUI, Francisco Sanz. “El concepto de contrato de concesión de obras públicas (arts. 5, 7, 220 a 225)”, *In Comentarios a la nueva ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madrid: Civitas, 2003.

GANDRA, Ives. “O Princípio da Não-Cumulatividade e o FUST”, *In Princípios de Direito Financeiro e Tributário* (coord. ADILSON RODRIGUES PIRES e HELENO TAVEIRA TÔRRES) – Estudos em Homenagem aos Professores Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCIA, Flávio Amaral. “A Remuneração nas Concessões de Rodovias”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 5. Belo Horizonte, 2004.

GARCÍA, José Pascual. *Régimen Jurídico de Las Subvenciones Públicas*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1996.

GARCÍAS, Jorge Sarmiento *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1999.

GARRIDO FALLA. *Tratado del derecho administrativo*. V. 2. 10ª. ed. Madrid: Tecnos, 1992.

GASPARINI, Diógenes. “Visão Geral das Parcerias Público-Privadas”, *In Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: MP Editora, 2006.

- “Reajuste, Revisão e Repactuação”, ILC - Informativo de Licitações e Contratos, n. 123, maio/2004.

- “Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato – ausência de previsão em ato convocatório ou contrato – decurso de um ano da data limite para apresentação da proposta”, ILC - Informativo de Licitações e Contratos, n. 35, janeiro/1997.

GIAMBIAGI, de Fabio. ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas*. 2º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

GIRARDI, Cláudio. “Regulação da Energia Elétrica, Uma Visão Prática”, *In Regulação Pública da Economia no Brasil*. Campinas: EdCamp, 2003.

GODOI, Marciano Seabra. “Tributo e Solidariedade Social”, *In Solidariedade Social e Tributação* (coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi). São Paulo: Dialética, 2005.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GRAU, Eros. “Constituição e serviço público”, *In Direito Constitucional – estudo em homenagem a Paulo Bonavides* (org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho). São Paulo: Malheiros, 2001.

- *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRAU, Eros. FORGIONI, PAULA. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, Dinorá Musetti. "Teoria dos serviços públicos e sua transformação", *In Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions*. Washington D.C.: World Bank, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípio de proporcionalidade e teoria do direito", *in Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

- "Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional", *In A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUETTIER, Christopher. *Droit des contrats administratifs*. Paris: Universitaires de France, 2004.

GUGLIELMI, Gilles. *Gestión Privada de los Servicios Públicos*. Buenos Aires – Madrid : Cuidad Argentina, 2004.

HARADA, Kioshi. "Parcerias Público-Privadas: Inconstitucionalidade do Fundo Garantidor". *In Parcerias Público-Privadas* (coord. SÉRGIO AUGUSTO Z. PAVANI e ROGÉRIO EMÍLIO DE ANDRADE). São Paulo: MP Editora, 2006.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

JAGUARIBE, Helio. *Desenvolvimento Econômico e Desenvolvimento Político*, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1972.

JARAVA, Manuel Concha. "La Participación Público-Privada en La Ejecución de Las Infraestructuras", *In Reflexiones sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública*. Sevilla: Hispalex, 2005.

JÈZE, GASTON. *Principios generales del derecho administrativo*. V. 4 – *teoría general de los contratos de la administración*. Buenos Aires: De Palma, 1950.

JURUENA, Marcos. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

- *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

- *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

- *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Rio de Janeiro: 3.ª Ed. Lúmen Júris. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

- *Teoria geral da concessão de serviço público*. São Paulo: Dialética, p. 139, 2003.

- *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- “As diversas configurações da concessão de serviço público”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 1, Belo Horizonte: Fórum, 2003.

- “Novos sujeitos na Administração Pública: Os Consórcios Públicos Criados pela Lei Federal n. 11.107”, *In Direito Administrativo (estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto)*. Coord. Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2006.

- “A PPP Brasileira e as Lições do Passado”, *In Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005.

- *Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos, a Lei nº 8.666 e o Plano Real*, *in ILC - Informativo Licitações e Contratos* nº 8. Curitiba: Zênite, 1994.

- *Reajuste de preços e garantias constitucionais*, *in ILC - Informativo de Licitações e Contratos* nº 61. Curitiba: Zênite, 1999.

- *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

- *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12º ed. São Paulo: Dialética, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado* (trad. Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KORNHAUSER, Lewi. “Derecho de Los Contratos”, *In Elementos de Análisis Económico Del Derecho* (org. HORACIO SPECTOR). Buenos Aires: Rubinzal 2004.

KOZICKI, Katya. *Conflito e Estabilização: Comprometendo Radicalmente a aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas*. Tese de Doutorado. Florianópolis, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. “A Constitucionalidade da Regulamentação da Lei de Consórcios Públicos (n. 11.107/2005) por Decreto Presidencial”, *In Revista de Direito do Estado* n. 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. V. 1 Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956.

- «Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs», in *Revue du droit public et de la science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

LAUBADERE, André. MODERNE, Franl. DELVOLLE, Pierre. *Traité des contrats administratifs*, t. 1, 2. ed. Paris, 1983.

LIGNIERES, Paul. *Partenariats publics privés*. Paris: Litec, 2000.

LLORENS, FRANÇOIS. "La Définition Actuelle de la Concession de Service Public en Droit Interne", In *La Concession de Service Public face au Droit Communautaire*. Paris: Sirey, 1992.

LOZANO, Ana Maria Juan. MARQUES, Jesús Rodríguez. *La Colaboración Público-Privada en La Financiación de las Infraestructuras y Servicios Públicos. Uma Aproximación desde los Principios Jurídico-Financieros*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. 2006.

LOYOLA, GUSTAVO. PPPs mal concebidas são um grande risco. www.habitasul.com.br.

MACHADO. Cristiane Lucidi. "Receitas Alternativas, Complementares, Acessórias e de Projetos Especiais nas Concessões de Serviços Públicos: Exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95". In *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* n.7, Belo Horizonte: Fórum. 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. "As taxas no direito brasileiro". *Revista Interesse Público* n. 12. Porto Alegre: Nota Dez. 2001.

- "Custeio de serviço público de uso compulsório", In *Revista Interesse Público* n. 23, Porto Alegre: Nota Dez, 2004.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Almedina, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de A. "As parcerias público-privadas no saneamento ambiental", In *Parcerias público-privadas* (coord. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2005.

- “As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso do ‘telefone social’”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 14. Fórum: Belo Horizonte, 2006.

- “Público e Privado no Setor de Saúde”, *In Revista de Direito Público da Economia* n. 9. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

- "A nova regulação e as agências independentes", *in Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- “A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a “indelegabilidade do poder de polícia”, *in Revista Trimestral de Direito Público* n° 32/2000. São Paulo: Malheiros, 2000.

“Normas Gerais de Licitação – Doação e Permuta de Bens de Estados e de Municípios – Aplicabilidade de Disposições da Lei Federal 8666/93 aos Entes Federados”, *In Revista Trimestral de Direito Público* n. 12, São Paulo: Malheiros.

- “Competências federativas na regulamentação de estações rádio-base”, *in www.manesco.com.br*, 2006.

- "Contrato administrativo: superveniência de fatores técnicos dificultadores da execução de obra – inaplicabilidade dos limites de 25% de acréscimos", *in Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, 1998.

- Parecer jurídico (Lei de Consórcios Públicos). *In www.manesco.com.br*.

MARTIN-RETORTILLO. “La institucion contractual el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, *in Studi in memória di guido zanobini*, V. 2. Milão: Giuffrè, 1965.

MAURER, Harmut. *Direito Administrativo Geral*. São Paulo: Manole, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Concessão de serviço público*. São Paulo: RT, 1995.

- Direito Administrativo Moderno. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- O Direito Administrativo em Evolução. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003.

- A Processualidade no Direito Administrativo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- Ainda existe serviço público? *In Serviços públicos e direito tributário* (org. Heleno Tôrres). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de Presídios e Criminalidade*. São Paulo: Max Limonad. 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 9^a. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MODESTO, Paulo. "Reforma do Estado, formas de prestações de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras do conceitos de "serviço público", "serviço de relevância pública" e "serviços de exploração econômica" para as parcerias público-privadas", *In Parcerias público-privadas* (Coord. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2005.

- "Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio. Serviço de saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma da prestação de contas das entidades de cooperação após a Emenda Constitucional 19/1998". *In Revista Trimestral de Direito Público* n. 28. São Paulo: Malheiros, 1999.

- "Notas para um debate sobre o princípio da eficiência", *in Revista de direito administrativo e econômico*. Curitiba: Juruá, 2001.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*. 4^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONEDERO GIL, Jose Ignacio. *Doctrina del contrato del estado*. Instituto de Estudios Fiscales, 1977.

MONTEIRO, Vera. "Legislação de parceria público-privada no Brasil – aspectos fiscais desse novo modelo de contratação", *In Parcerias público-privadas* (org. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MOREIRA, Egon Bockmann. "A experiência das licitações para obras de infraestrutura e a nova Lei de Parcerias Público-Privadas", *in Parceria público-privada* (coord. CARLOS ARI SUNDFELD). São Paulo: Malheiros; 2005.

- "Processo administrativo e princípio da eficiência", *in As Leis de Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- "Riscos, incertezas e concessões de serviço público", *In Revista de Direito Público da Economia* n. 20. Belo Horizonte, 2007.

- “Breves Notas sobre a Parte Geral da Lei das Parcerias Público-Privadas”, In Estudos Sobre Parcerias Público-Privadas (org. José Augusto Dias de Castro e Luciano Benetti Timm). São Paulo: Thomson, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. “Mutações nos serviços públicos”, in *Direito Público (estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari)*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

- “O sistema de parceria entre os setores público e privado”. In *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, n.º 1, 1997

- *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

- “Globalização e o direito administrativo”, in *Um avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

- *Mutações do Direito Administrativo*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- *Curso de direito administrativo*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- “O sistema da Parceria entre os setores público e privado — Execução de serviços através de Concessões, Permissões, Terceirizações e outros Regimes — aplicação adequada destes institutos” in *BDA— Boletim de Direito Administrativo* n.º 2, São Paulo: NDJ, 1997.

MOREIRA, Vital. “Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia”, In *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

- “A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal”, In *Revista de Direito Público da Economia* n. 05. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. “Terceirização e funcionalização: conflito ou complementariedade”, in *Boletim de direito administrativo*, dez/97. São Paulo: NDJ, 1997.

- *Eficácia nas Licitações e Contrato*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MOTTA, Paulo. “Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas”. In *Interesse Público* n. 7. São Paulo: Nota Dez, 2005.

NEVES, Castanheira. “Dworkin e a Interpretação Jurídica”, In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999.

NIGRO, Mario. *Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel Bilancio di Dieci Anni di Giurisprudenza*, in ALLEGRETTI/BATTAGLINI/SORACE. *Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel Bilancio di um Decennio di Giurisprudenza* T. II. Maggioli Editore, 1987.

OLIVEIRA, Fernão Justen. *Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo H. Justino de. “Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parceria Público-Privada”. In *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo, RT, 2006, p.371.

OLIVEIRA, Rafael Domínguez. “Las nuevas modalidades contractuales introducidas por la ley (arts. 130 a 134 y 226)”, In *Comentarios a la nueva ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madri: Civitas, 2003.

- “Las zonas complementarias de explotación comercial (art. 223 y concordantes de la ley)”, In *Comentarios a la nueva ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Madri: Civitas, 2003.

OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, WÉDER DE. “Lei de Responsabilidade Fiscal, Margem de Expansão e o Processo Legislativo Federal”. Monografia premiada em 1º lugar no IX Prêmio Tesouro Nacional – 2004, Lei de Responsabilidade Fiscal - Tema Especial. Brasília: ESAF, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. “Câmeras nos presídios”, in *Jornal Zero Hora*, edição de 05 de abril de 2001.

PAREJO ALFONFO, Luciano. “Introducción: El surgimiento, Desarrollo y Consolidación Del Derecho Administrativo” in PAREJO ALFONFO, Luciano / JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio / ORTEGA ALVAREZ, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª. ed. Barcelona: Ariel, 1998.

PELLEGRINO, C. R. “Os contratos da administração pública”, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 179-180, 1990.

PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PEREIRA, César Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos do serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2006.

- “O processo licitatório das Parcerias Público-Privadas (PPPs) na Lei n° 11079/2004”, in *Parcerias Público-Privada* (coordenação Eduardo Talamini e Mônia Spezia Justen). São Paulo: RT, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP — Escola Nacional de Administração Pública, 1998.

- *Crise econômica e reforma do Estado do Brasil*. São Paulo: editora 34, 1996.

PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. “Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no Exercício da Atividade Administrativa de Polícia e na Atividade Administrativa Penitenciária”, In *Parcerias Público-Privadas* (coord. CARLOS ARI SUNDFELD). São Paulo: Malheiros, 2005.

PINA, Vicente e TORRES, Lourdes. *La Iniciativa Privada en el Sector Público: Externalización de Servicios y Financiación de Infraestructuras*. Madrid: Aeca, 2003, p. 73 e seguintes.

PINTO, Marcos Barbosa. “Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas”, In *Revista do BNDES*, v. 13, n. 25. Rio de Janeiro: BNDES, 2006.

PIRES, José Cláudio Linhares. PICCININI, Maurício Serrão. *Modelos de regulação tarifária do setor elétrico*. Revista do BNDS – junho de 1998. Rio de Janeiro, 1998.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n° 8987/95*. São Paulo: Malheiros, 1998.

PRADO, Lucas Navarro. “Empresa estatal e fundações podem ser concedentes de serviço público em PPP”. In http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=32239

PROENÇA, José Marcelo Martins. “Impostos, Taxas e Contribuições como Fontes de Receitas da Administração”. In *Curso de Direito Administrativo Econômico* (org. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, JOÃO EDUARDO LOPES QUEIROZ e MÁRCIA WALKÍRIA BATRISTA DOS SANTOS, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006.

QUEIROZ, Lopez, J. E. SANTOS, Márcia W. Batista dos. “O Setor Público”, In *Curso de Direito Administrativo Econômico*, vol I., São Paulo: Malheiros, 2006.

RAINAUD, Jean-Marie. “Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?”, in *Revue du Droit Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1985.

RAP, Lucien. *Les Progres de L'analyse Economique des Contrats Publics*, in <http://www.idlo.int/bibliotheque/index.htm>.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Prado, LUCAS Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

RIBEIRO, JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA. *Lições de Finanças Públicas*. 5ª. Ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. 4ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004.

RIVERO, Jean. WALINE, Marcel. *Droit administratif*. 18a. ed. Paris: Dalloz, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SACCHETTO, Cláudio. "O Dever de Solidariedade no Direito Tributário: o Ordenamento Italiano" *In Solidariedade Social e Tributação* (coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi). São Paulo: Dialética, 2005.

SACRISTÁN, Estela B. "Sistema Tarifarios", *In Servicio Público Y Policía* (coord. JUAN CARLOS CASSAGNE). Buenos Aires: Unibersitas, 2006.

SALOMÃO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SAMUELSON, Paul A., NORDHAUS, William D. *Economia*. 14a ed. Lisboa. McGraw-Hill. 1993.

SANTOS, Rodolfo Torres dos. A diversidade regional e o dilema do modelo regulatório na telefonia fixa no Brasil. *In Nova Economia*, n. 14. Belo Horizonte: 2004.

SANTOS, José Anacleto Abduch dos. *Contrato de Concessão de Serviço Público – Equilíbrio Econômico-Financeiro*. Curitiba: Juruá, 2003.

SAVAS, E. S. *Privatization and Public Private Partnerships*. New York: Seven Bridges Press, 2000.

SÉRVULO CORREIA, J. M. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

SCHERKERKEWITZ, Isso Chaitz. *Presunções e Ficções no Direito Tributário e no Direito Penal Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. “Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais”, *In Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho* (Coord. Edgar Guimarães). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Madrid: Marcial Pons. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

SOUZA, Rui Pereira de. *Contrato de Concessão: Perspectiva Econômica, Financeira e Contabilística*. Lisboa: Áreas Editora, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contratos Administrativos*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

- *Fundamentos de direito público*. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 128 e ss.

- “Guia jurídico das parcerias público-privadas”, *In Parcerias público-privadas* (coord. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2005.

- “Regime jurídico do setor petrolífero”, in *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- “A Regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações”. *Direito Administrativo Econômico* (coord. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2000

- “Introdução às agências reguladoras”, *In Direito Público Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- Empresa Estatal pode Exercer o Poder de Polícia”, *In Boletim de Direito Administrativo*, v. nº 2, 1993.

- “Os contratos de concessão e sua anulação”, in *ILC – Informativo Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, 2001.

- *Administração ordenadora*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOLÉ, Ponce. *Dever de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SPECTOR, Horacio. *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2004.

RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

TÁCITO, Caio. “O preço público nos serviços concedidos”, *In Temas de Direito Público*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

- “O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público”, *In Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. I, 1997.

TALAMINI, Eduardo. “A (In)disponibilidade do Interesse Público e suas Conseqüências Processuais”, *In Curso de Direito Administrativo* (coord. Marcelo Harger). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TÔRRES, Heleno Taveira. “Fundos Especiais para Prestação de Serviços Públicos e os Limites da Competência Reservada em Matéria Financeira”, *In Princípios de Direito Financeiro e Tributário* (coord. ADILSON RODRIGUES PIRES e HELENO TAVEIRA TÔRRES) – Estudos em Homenagem aos Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. “O Princípio Constitucional Orçamentário da não-afetação”, *In Revista de Direito do Estado*, n. 6. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VACONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: Uma Conciliação Possível*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977

VEDEL, G. DELVOLVE, Pierre. *Droit administrative*. V. 1. 12^a. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

VERA, José Bermejo. “Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares”, *in Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VERLI, Fabiano. *Taxas e preços públicos*. São Paulo: RT, 2005, p. 117.

VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

- “O procedimento administrativo e a função regulatória de serviços públicos no Estado pós-social”, in *Revista de direito constitucional e administrativo* n° 07. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

- “Contratos jurídico-privados da Administração”, in *Informativo de licitações e contratos administrativos* n° 120. Curitiba: Zênite, 2004.

- “Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos nas concessões de serviços públicos”. In *Revista dos Tribunais* n. 781. São Paulo: RT, 2000.

- “As Parcerias Público-Privadas e a Transferência de Atividades de Suporte ao Poder de Polícia – Em Especial, a Questão dos Contratos de Gestão privada de Serviços em Estabelecimentos Prisionais”, In *Parcerias Público-Privadas* (coord. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2005

- “A recomposição de preço nos Contratos Administrativos gerais por elevação imprevisível no custo de insumos”. In *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, ano XIII, n.º194, Curitiba: Zenite, 2006.

VERNALHA GUIMARÃES, LUCIANO. “A interpretação constitucional e o fenômeno lingüístico”, in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol 3. Curitiba, 2003.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

VILLAR EZCURRA. “Las Infraestructuras Públicas”, In *Principios de Derecho Publico*. Madri: Ariño e Asociados, 2004.

WALD, Arnoldo. “Do processo de revisão tarifária. Determinação do nível apropriado de custos operacionais da concessionária”, In *Direito das concessões*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

- “Da remuneração dos custos não-gerenciáveis insertos na denominada parcela A dos contratos de concessão dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica”, In *Direito das Concessões*, vol. 3. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

WALINE, Marcel. *Droit administrative*. 9.^a ed., 1963.

WEIL, Prosper. *Le droit administratif*. 17.^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

ZYLBERSTZTAJN, Raquel Sztajn e ZYLBERSTZTAJN, Decio. “Economia dos Contratos”, *Direito e Economia* (org. Decio Zylbersztajn e Raquel Sztajn). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões Sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário sobre Contratos Públicos e Concessões. Bruxelas, 15.11.2005. Comissão das Comunidades Europeias. COM(2005) 569 final.

PACHECO, Regina Silvia. Brasil: avanços da contratualização de resultados no setor público. XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Ciudad de Guatemala, 7 - 10 Nov. 2006.

Diretrizes para Parcerias Público-Privadas bem-sucedidas, produzido pela Comissão Europeia. Março de 2003. http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides / PPPguide.htm.

Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões. www.europa.eu, item 3.

Value for Money – Assessment Guidance. HM Treasury Contracts. London. 2006, p. 7. In hm-treasury.gov.uk.

Value for Money – Assessment Guidance. HM Treasury Contracts. London. 2006

New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships - 18/2004 - 11 February 2004, Eurostat.

Budget Process – Extending Budget Controls. United States General Accounting Office, 2002.

“PPP: unindo o público e o privado”, in *RAE*, vol. 3, abril/2004. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

Office of Government Commerce (OGC): www.pfi.ogc.uk).